ARNOLDI VINNII J. C.

In Quatuor Libros

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus, & Forenſis.

EDITIO NOVISSIMA, JUXTA EXEMPLAR Lugdunenſe correcta: præterea aucta Indicibus Deciſionum, & Conſtitutionum IMPERATORIS JUSTINIANI, & inſuper aliorum Imperatorum, necnon Legum ac Senatuſconſultorum Veterum &c.

TOMUS PRIMUS.

VENETIIS, MDCCXXII.
Ex Typographia Balleoniana.
SUPERIORUM PERMISSU, AC PRIVILEGIIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

ARNOLDUS VINNIUS

Juriſprudentiæ Studioſis.

QUO primùm tempore Jus civile publicè profiteri, atque libros Inſtitutionum à Sacratiſſimo Principe Flavio Juſtiniano compoſito interpretari cœpi, ſimul commentario aliquo eoſdem libros illuſtrare inſtitui, non opulento aut accurato, ſed qualiquali; utpotè quem privato potiſſimùm uſui deſtinabam: & inhærebat tum animo meo hæc opinio, libros iſtos non uſque adeò obſcuros eſſe, ut operoſæ alicujus explicationis lucem deſiderarent. Verùm ubi ad rem aggreſſus ſum, & me accinxi, ſtatim ſenſi, majus quiddam eſſe, quod inceptabam, quàm opinatus eram, neque tralatitia commentatione me poſſe defungi. Deceperat me auctoritas Jacobi Cujacii, clariſſimi ſuperioris ævi Juriſconſulti, qui in Obſervationibus ſuis de libris Juris noſtri diſſerens, illos Inſtitutionum tam planos & faciles ſibi videri pronunciat, ut vix ullo interprete, aut utique nulla longiore interpretatione indigeant: in tantum, ut non vereatur damnare, tamquam ignobile otium, quicquid laboris in iis paulò prolixiùs explicandis ab hominibus noſtri ordinis impenſum eſt. Cæterum experimento didici, longè aliter ſe rem habere, fallacemque interdum eſſe etiam præſtantiſſimorum virorum auctoritatem. Exiſtimo autem, Cujacium (ut de ſummi viri judicio nihil amplius in præſentia dicam) ex ſua potiùs facultate, quàm ex vero rem æſtimaviſſe. Nam profectò, ſi ex veritate eam æſtimare volumus, nulla poteſt eſſe juris Juſtinianici pars, quæ interpretem magis deſideret, quàm ea, in qua omnia propè nudè tradita ſunt, & delibata dumtaxat, non expoſita. Quantulum enim eſt, quod illic reperias, de quo non dubites, aut quod cognoſcere cupienti non ad quærendum & cognoſcendum relinquatur? Equidem ſcio, non eò magis noſtram hanc operam à vellicatione tutam fore. Rem toties nunc actam ago, & quidem poſt tot Roſcios, id eſt, poſt tot doctos interpretes, à quibus omnia, quæ ad hujus partis illuſtrationem afferri queant, jam pridem occupata, exhauſta & conſumpta eſſe dicentur: & jamnunc audire mihi videor hanc multorum vocem, Cui non dictus Hylas puer? *&c. Sed ego vitilitigatorum iſtiuſmodi vanos morſus ſuſque deque habeo; & quidni liceat his reponere illud præſtantiſſimi Medicorum,* Πολλάκις ἡρμόσθαι δοκοῦσαν ἄριστα λύραν, ἕτερος μουσικὸς ἀκριβῶς ἡρμόσατο. *Planè enim quod ad interpretes attinet, etiam prolixiores eorum, quos damnaret Cujacius, multa paſſim aut non tangunt om-*

Digitized by Google

ninò, aut curſim tranſmittunt, quorum tamen juſta explicatio ad rei, de qua agitur, naturam intelligendam prorſus neceſſaria eſt. Ad hæc mihi curioſè in omnia inquirenti non paucæ obortæ ſunt difficultates, ab aliis, quos quidem videre mihi contigit, non animadverſæ, aut minùs fœliciter expeditæ, aut conſultò prætęritæ, quas omnes & removendas putavi, & pro meo captu removere conatus ſum: dumque ſingula ad vivum reſeco (ſunt autem ſexcenta hujuſmodi) in majorem etiam, quàm ipſemet cogitaveram, molem hoc Opus excrevit; & eò quidem majorem, quò diligentiùs, pleniùſque & planiùs, quàm quiſquam antehac, cuncta tamdem bona fide evolvi, excuſſi, & pertractavi. Accidit enim hic idem mihi, quod olim Eleuſinam viſentibus: nam ut illa ſemper aliquid ſervare ſolebat, quod reviſentibus oſtenderet; ita quotieſcumque ad horum librorum myſteria perſcrutanda acceſſi, ſemper aliquid obſervavi, quod nec ab aliis, nec à me ipſo viſum aut perceptum priùs fuerat. Jam rumor nonnullus de hoc commentario noſtro perrepſerat, & hortari cœperant amici, atque inſiſtere, ut publici eum juris luciſque facerem, rati, fructum hujus laboris ad alios quoque pertinere, & in primis ad ſtudioſam Legum Juventutem. Itaque ut primùm Pandectarum interpretatio mihi mandata fuit, de vulgando eo cogitare cœpi, & quò comitatior exiret, adjunxi etiam patriæ noſtræ jura propria, aliarumque regionum peculiaria inſtituta, & cætera quæ nunc paſſim uſu judiciorum certo recepta ſunt, ab illo ſcripto Romanorum jure longè diſcrepantia: quæ quidem ex re non parum præſidii, conſtantiæque & judicii ſtatim capere poterunt, qui mox in foro atque inter cauſarum diſcrimina verſabuntur. Ita dum urceum inſtituo, currente rota exiit amphora, id eſt, pro exili & qualicumque commentario, accuratus & benè ſaginatus, pro ſimplici geminus, Academicus & Practicus ſive Forenſis: quorum in altero cæteros omnes elegantia & doctrina varietate ſuperare ſtudui, in altero ubertate utilitatis. In eo autem totus penè fui, ut excitata in legentibus veneratione antiquitatis, ſimul animis eorum inſtillarem deſiderium atque amorem ſapientiæ, juſtæque & ſolidæ cujuſdam eruditionis: quod vel unum ſi aſſecutus fuero, operæ curæque pretium ponam.

A D

Digitized by Google

AD LECTOREM
Typographus.

CUm non ſolùm in Jure peritiſſimos, ſed & in Foro verſatiſſimos Viros conſuluiſſem, quo meliori modo hi Academici & Forenſes Commentarii in lucem prodituri eſſent, omnes uno ore, præter Indicem *Rerum & Verborum*, quæ in Commentariis Vinnii inveniuntur, addendos exiſtimarunt ſequentes rariores Indices ; & quidem Primò, Indicem *Rerum & Verborum in ipſo textu Inſtitutionum*, quem eò magis apponendum exiſtimarunt, quum plurimi multò citiùs in contextu, quàm in notis res quærendas invenire poſſint ; Secundò, Indicem omnium *Deciſionum Juſtiniani Imperatoris*, quarum mentio fit in quatuor Inſtitutionum libris; Tertiò, Indicem omnium *Conſtitutionum Juſtiniani*, quarum in iiſdem libris meminit ipſe ; Quartò, Indicem *Conſtitutionum aliorum Imperatorum*, quæ in Inſtitutionum libris referuntur; Quintò, Indicem *Legum & Senatuſconſultorum Veterum*, quorum mentio in iiſdem Juſtiniani Inſtitutionibus facta eſt; Sextò, Indicem omnium *Auctorum Juris aliorumque*, qui ut teſtes in iiſdem libris citantur; Septimò & ultimò, Indicem *Rerum & Locorum ſingularium*, quibus ſimiles in Jure non reperiuntur. Accipe ergo, benevole Lector, hanc editionem, in qua invenies non ſolùm omnia ea, quæ in aliis editionibus inveniuntur, verùm etiam varios Indices ſuprà notatos, quos Juriſconſultis placituros eſſe credo, ac omnia Juris ſtudioſis, & Doctoribus utiliſſima fore exopto. Vale.

Digitized by Google

NOI REFORMATORI

Dello Studio di Padova.

HAvendo veduto per la ſede di reviſione, & approvazione del P. Fr. Tomaſo Maria Gennari Inquiſitore, nel Libro intitolato: *Arnoldi Vinnii J.C. in quatuor Libros Inſtitutionum Imperialium Commentarius &c.* non eſſervi cos'alcuna contro la Santa Fede Cattolica, e parimenti per atteſtato del Segretario noſtro niente contro Prencipi, e buoni coſtumi, concediamo licenza, che poſſi eſſer ſtampato, oſſervando gl'ordini in materia di Stampe, e preſentando le ſolite Copie alle Publiche Librarie di Venezia, e di Padova.

Dat. 13. Luglio 1711.

(Ferigo Marcello Proc. Reff.
(
(Alviſe Piſani Kav. Proc. Reff.

Agoſtino Gadaldini Segr.

I N-

Digitized by Google

I N D E X
RUBRICARUM SECUNDUM LIBRORUM ET TITULORUM ORDINEM.

LIBER I.

Tit. 1. *De Juſtitia & Jure.* 4
2. *De Jure Naturali, Gentium & Civili.* 11
3. *De Jure Perſonarum continuatio.* 30
4. *De Ingenuis.* 35
5. *De Libertinis.* 36
6. *Qui & ex quibus cauſis manumittere non poſſunt.* 41
7. *De lege Fuſia Caninia tollenda.* 46
8. *De his, qui ſui vel alieni juris ſunt.* 46
9. *De Patria Poteſtate.* 50
10. *De Nuptiis.* 54
11. *De Adoptionibus.* 72
12. *Quibus modis Jus Patriæ Poteſtatis ſolvitur.* 80
13. *De Tutelis.* 89
14. *Qui Teſtamento Tutores dari poſſunt.* 93
15. *De Legitima Agnatorum Tut.* 97
16. *De Capitis Deminutione.* 99
17. *De Legitima Patronorum Tutela.* 104
18. *De Legitima Parentum Tutela.* 105
19. *De Fiduciaria Tutela.* 105
20. *De Attiliano Tutore, & eo, qui ex Lege Julia & Titia dabatur.* 106
21. *De Auctoritate Tutorum.* 112
22. *Quibus modis Tutela finitur.* 115
23. *De Curatoribus,* 118
24. *De Satiſdatione Tutorum vel Curatorum.* 124
25. *De Excuſationibus Tutorum vel Curatorum.* 129
26. *De ſuſpectis Tutoribus vel Curatoribus.* 140

LIBER II.

Tit. 1. *De Rerum Diviſione, & acquirendo ipſarum Dominio.* 147
2. *De Rebus Corporalibus & Incorporalibus.* 217
3. *De Servitutibus ruſticorum & urbanorum prædiorum.* 220
4. *De Uſufructu.* 233
5. *De Uſu & Habitatione.* 247
6. *De Uſucapionibus, & longi temporis Præſcriptionibus.* 254
7. *De Donationibus.* 269
8. *Quibus alienare licet, vel non licet.* 281
9. *Per quas Perſonas cuique acquiritur.* 291
10. *De Teſtamentis ordinandis.* 303
11. *De Militari Teſtamento.* 329
12. *Quibus non eſt permiſſum facere Teſtamentum.* 339
13. *De Exhæredatione Liberorum.* 348
14. *De Hæredibus inſtituendis.* 363
15. *De Vulgari Subſtitutione.* 382
16. *De Pupillari Subſtitutione.* 391
17. *Quibus modis Teſtamenta infirmantur.* 410
18. *De Inofficioſo Teſtamento.* 422
19. *De Hæredum Qualitate & Differentia.* 439
20. *De Legatis.* 454
21. *De Ademptione Legatorum, & Translatione.* 512
22. *De Lege Falcidia.* 514
23. *De Fideicommiſſariis Hæreditatibus.* 521
24. *De ſingulis rebus per Fideicommiſſum relictis.* 539
25. *De Codicillis.* 542

LIBER III.

Tit. 1. *De Hæreditatibus, quæ ab inteſtato deferuntur.* 549
2. *De Legitima Adgnatorum Succeſſione.* 569
3. *De Senatuſconſulto Tertyll.* 580
4. *De Senatuſconſulto Orficiano.* 586
5. *De Succeſſione Cognatorum.* 589
6. *De Gradibus Cognationum.* 599
7. *De Servili Cognatione.* 603

8. De

8. *De Succeſſione Libertorum.* 606
9. *De Aſſignatione Libertorum.* 611
10. *De Bonorum Poſſeſſionibus.* 612
11. *De Acquiſitionibus per adrogationem.* 623
12 *De Eo, cui Libertatis cauſa Bona addicuntur.* 630
13. *De Succeſſionibus ſublatis, quæ fiebant per Bonorum Venditiones, & ex Senatuſconſul. Claudiano.* 633.
14. *De Obligationibus.* 634
15. *Quibus modis re contrahitur Obligatio.* 643
16. *De Verborum Obligationibus.* 658
17. *De duobus Reis ſtipulandi & promittendi.* 673
18. *De Stipulatione Servorum.* 677
19. *De Diviſione Stipulationum.* 679
20. *De Inutilibus Stipulationibus.* 682
21. *De Fidejuſſoribus.* 707
22. *De Litterarum Obligationibus.* 715
23. *De Obligationibus ex Conſenſu.* 720
24. *De Emptione & venditione.* 721
25. *De Locatione & Conductione.* 737
26. *De Societate.* 747
27. *De Mandato.* 757
28. *De Obligationibus, quæ quaſi ex contractu naſcuntur.* 769
29. *Per quas Perſonas Obligatio acquiritur.* 778
30. *Quibus modis tollatur Obligatio.* 779

LIBER IV.

Tit. I. *De Obligationibus, quæ ex Delicto naſcuntur.* 791
2. *De Vi Bonorum raptorum.* 808
3. *De Lege Aquilia.* 811
4. *De Injuriis.* 820
5. *De Obligationibus, quæ quaſi ex Delicto naſcuntur.* 830
6. *De Actionibus.* 834
7. *Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.* 906
8. *De Noxalibus Actionibus.* 914
9. *Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.* 918
10. *De Iis, per quos agere poſſumus.* 920
11. *De Satiſdationibus.* 922
12. *De Perpetuis & Temporalibus Actionibus, & quæ ad hæredes & in hæredes tranſeunt.* 926
13. *De Exceptionibus.* 931
14. *De Replicationibus.* 941
15. *De Interdictis.* 943
16. *De Pœna temere litigantium.* 955.
17. *De Officio Judicis.* 961
18. *De Publicis Judiciis.* 970

AR-

Digitized by Google

ARNOLDI VINNII, J. C.

IN LIBRUM PRIMUM

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forenſis,

CUM NOTIS AD TEXTUM.

PROOEMIUM.

De Confirmatione Inſtitutionum.

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU-CHRISTI.

IMPERATOR, CÆSAR FLAVIUS JUSTINIANUS, ALEMANICUS, GOTTHICUS, FRANCICUS, GERMANICUS, ANTICUS, ALANICUS, VANDALICUS, AFRICANUS, PIUS, FELIX, INCLYTUS, VICTOR AC TRIUMPHATOR, SEMPER AUGUSTUS, cupidæ legum juventuti S.

IMPERATOR] Hoc nomine etſi appellarentur omnes exercitus ductores οἱ στρατηγοὶ ἢ τῶν πολέμων ἡγεμόνες. propriè tamen id tribui ſolebat iis, qui re benè geſta hoc honoris titulo acclamatione militum vel decreto Senatus decorati eſſent. Poſt occupatam Rempublicam perpetuum Principis prænomen eſſe cœpit S.C. Hotomanus ex *Cic. Tacit. Sueton. Dion. Appian.* *Vinnius in Inſtitut.*

CAESAR] cognomen familiæ in gente Julia, quod poſt C. Julium factum eſt hæreditarium Imperatorum. Procedente tempore, eodem nomine appellati & qui vivo Imperatori deſignati auguſtæ majeſtatis hæredes. *l. 7. C. de malef. & mathem.* Spartian. *in Ælio Vero*, ubi & hunc ipſum primum Cæſarem ea ratione appellatum teſtatur. Hodie *Reges Romanorum* vocantur.

FLAVIUS] A Veſpeſiano Imperatore hoc nomen manavit, quem è Flavia gente nova & ignobili fluxiſſe, Suetonius auctor eſt.

JUSTINIANUS] Nomen hoc Imperatoris noſtri proprium fuit; idque etiam habuit ante adoptionem: ex quo apparet, non eſſe productum á nomine Juſtini avunculi & patris adoptivi, ut quidam putant.

ALEMANICUS, Gotthicus, &c.] Agnomina à devictis, aut bello laceſſitis gentibus ducta. Seneca *l. de Clemens.* ſcribit, aſſentantem populum ambitioſæ majeſtati tribuiſſe, quidquid potuit congerere titulorum.

FRANCICUS] Theodibertum Francorum regem graviſſimè tuliſſe refert Agathias, quòd

Juſtinianus, velut devicta gente Francorum, Franciel titulum ſibi ſumpſiſſet. Poſtea etiam Gepidicum & Longobardicum ſe dixit, quòd eas quoque gentes irritavit. *Cujac. & Grot. ex Agathia.*

PIVS] Primus hoc cognomen obtinuit Antoninus Hadriani ſucceſſor. Capitolin. *in Antonino.* Inde ad alios deſcendit. Juſtinian. *Nov.* 78. *c.* 5. *cap.* 5. *Ἀντωνῖνος ὁ τῆς εὐσεβείας ἐπώνυμος, ἐξ ὅπερ ἡ εἰς ἡμᾶς τὰ τῆς προσηγορίας ταύτης κατῆεν.*

FELIX] Uſurpavit hoc cognomen Commodus, ut hiſtoriæ teſtantur, quem plerique ſucceſſores imitati appellationem hanc Juſtiniano tradiderunt.

TRIVMPHATOR] Triumphaſſe legitur de Perſis & Vandalis. Varro *lib.* 7. *de ling.* ſcribit triumphare ſic appellatum eſſe, *quod cum Imperatore milites redeuntes clamitant per urbem in Capitolium eunti, Io triumphe, io.*

AVGVSTVS] Nomen hoc primùm Octavio à Senatu tributum: ductum ab eo, quod loca, in quibus augurato quid conſecratur, auguſta nominantur. Suet. *in Auguſt. c.* 7. Alii ab augendo imperio dictum putant: unde illud hodieque *Zu allen Zeiten Mehrer des Reichs* r. Vveſemb.

Ut Plato legiſlationis tres vult eſſe partes, Prooemium, Legem, & Sanctionem; ita hujus Conſtitutionis eadem deprehenduntur membra. I. Prooemium, quo ſuum legiſlationis ſtudium commendat, uſque ad §. 3. II. Legiſlatio, uſque ad pen. §. III. Sanct. *Vveſſemb. hic.*

De uſu Armorum & Legum.

IMperatoriam majeſtatem non ſolùm armis decoratam, ſed etiam legibus oportet eſſe armatam, ut utrumque tempus & bellorum, & pacis rectè poſſit gubernari: & Princeps Romanus non ſolum in hoſtilibus prœliis victor exiſtat, ſed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat: & fiat tam juris religioſiſſimus, quàm victis hoſtibus triumphator (magnificus.

ARmis decoratam] Imperator utrumque Reipub. tempus ſine armorum ac legum præſidio rectè adminiſtrare non poteſt: in quam ſententiam præclara quædam hic adſperſa ab *Hotom. & Grot. ex Ariſt. Plat. Liban.*

Legibus armatam] Munitam & inſtructam. M. Tullius *l.* 1. *de Off.* ſcribit, Lacedæmoniorum imperium multò plus Lycurgi legibus & diſciplinæ debere, quàm aut Pauſaniæ aut Lyſandri rebus geſtis. *Parvi enim*, inquit, *ſunt foris arma, niſi ſit conſilium domi, &c.* Eſt autem hic χιασμὸς κτ̀ τὸ τῶν στοιχείων τύπον, tribuit armis decorari, legibus armari. Theoph. verbum pro verbo reddidit, ὅπλοις κοσμεῖσθαι, νόμοις ὁπλίζεσθαι.

Victor exiſtat] Senſus eſt apertus, Imperatorem non ex armis tantùm, ſed etiam ex legibus glorioſam ſibi victoriam comparare.

Legitimos tramites] Ea ratione, quam leges præſcribunt. Theophilus convertit, νομίμοις ἐπινοίαις, legitimis inventis. Imperator non tantùm hoſtibus debellandis, verùm etiam calumniatoribus coercendis, victoris nomen adipiſcitur.

Calumniantium] Pars pro toto; improbitas, quæ in judiciis verſatur, de quo propriè verbum calumniandi intelligitur, pro omni, quæ in pacata civitate admittitur. Cicero 2. *de Repub. Ut Carneadi reſpondeatis, qui ſæpè optimas cauſas ingenii calumnia ludificari ſolet.*

Juris religioſiſſimus] Juris ad ſummam religionem obſervantiſſimus. Dion. Halicarn. *lib.* 5. Κράτιστος ἦν βασιλεὺς ὁ δικαιότατός τε καὶ νομιμώτατος.

Magnificus] Abeſt hæc vox à veteribus libris, teſtib. Cujac. & Hotom. nec Theophil. agnoſcit.

De bellis & legibus Juſtiniani.

1 *Quorum utramque viam cum ſummis vigiliis, ſummaque providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem ſudores noſtros Barbaricæ gentes ſub juga noſtra redactæ cognoſcunt, & tam Africa, quàm aliæ innumeræ provinciæ poſt tanta temporum ſpatia, noſtris victoriis à cœleſti Numine præſtitis, iterum ditioni Romanæ noſtroque additæ Imperio, proteſtantur. Omnes verò populi legibus tam à nobis promulgatis, quàm compoſitis reguntur.*

1 *Utramque viam* Juſtinianus & gloriam ſibi peperit victis hoſtibus, & juris æquabilitatem inter cives ſuos retinuit.

Barbaricæ gentes] Significat Perſas in Syria, Vandalos in Africa & Italia, Gotthos in Italia & Sicilia.

Redactæ] Vet. *deductæ*, & ita Cujac. & Hotom.

Innumeræ] Vet. *numeroſæ*, id eſt, multæ; ſic enim locuti ſunt Caſſiod. Oroſ. Eutrop. & alii ſcriptores σύγχρονοι, Theoph. tamen ἀναρίθμητοι.

Poſt tanta temporum ſpatia] Poſt annos 95. quibus Vandali Africam tenuerunt. *l.* 1. *Cod. de offic. præf. Afric.* adſtipulatur Procop.

Ditioni Romanæ] Poſtquàm ſedes imperii Conſtantinopolim, quæ antea Byſantium, poſtea etiam nova Roma, tranſlata fuit, Imperium Romanum à Conſtantino & Gallieno in duas

Digitized by Google

duas partes diviſum, orientalem & occidentalem & utrique parti ſuæ provinciæ attributæ.

Promulgatis] Promulgatas ſuas, compoſitas alienas intelligit, id eſt, ex veteri jure in unum collectas & diſpoſitas.

De Compoſitione Codicis & Pandectarum.

2. *Et cum ſacratiſſimas conſtitutiones antea confuſas, in luculentam ereximus conſonantiam, tunc noſtram extendimus curam ad immenſa veteris prudentiæ volumina, & opus deſperatum, quaſi per medium profundum euntes, cœleſti favore jam adimplevimus.*

2. *In luculentam ereximus conſonantiam*] Intelligit Codicem priorem, quem altero Imperii ſui anno componi juſſit 528. & anno inſequenti edidit. In hunc Principum Conſtitutiones vagè per tres codices, Gregorianum, Hermogenianum, Theodoſianum, diſperſas collegit, *coſt. de nov. Cod. fac. & de Inſt. Cod. confirm.* Sed eum non habemus. Poſt idem Codex iterum emendatus eſt, & multis locis recognitus, additis 50. deciſionibus, quo hodie utimur.

Ad immenſa veterum volumina] Quarto Imperii anno, Lampadio & Oreſte Coſſ. 530. Pandectas componi juſſit, ediditque & confirmavit anno Imperii ſexto, ipſo III. Cos. eodemque anno compoſitæ Inſtitutiones, & promulgatæ uno menſe ante Pandectas: ut Pandectæ compoſitione priores ſint Inſtitutionibus, confirmatione poſteriores. Codicem repetitæ prælectionis promulgavit anno proximo, ipſo IV. & Paulino Coſſ. 534. Hæc perſpicua ſunt ex conſtitutionibus ad juris compoſitionem pertinentibus. Novellæ, liber diem non habet.

Immenſa volumina] Innumera veterum ſcripta, quæ in bis mille libros & aliquot centena millia verſuum excreverant, *l. omnem. de concept. Dig.*

Per medium profundum] Per medias difficultates. Liv. 31. *Provideo animo in vaſtiorem me altitudinem, ac velut profundum invehi.*

De tempore, auctoribus, fine & utilitate compoſitionis Inſtitutionum.

3. *Cumque hoc, Deo propitio, peractum eſt, Triboniano Viro magnifico, Magiſtro, & Exquæſtore ſacri palatii noſtri, & Exconſule, nec non Theophilo & Dorotheo, Viris illuſtribus, & anteceſſoribus (quorum omnium ſolertiam, & legum ſcientiam, & circa noſtras juſſiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus) convocatis, mandavimus ſpecialiter, ut ipſi noſtra auctoritate, noſtriſque ſuaſionibus Inſtitutiones componerent: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis diſcere, ſed ab Imperiali ſplendore appetere: & tam aures, quàm animi veſtri nihil inutile, nihilque perperam poſitum, ſed quod in ipſis rerum obtineat argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vix poſt quadriennium prioribus contingebat, ut tunc conſtitutiones Imperatorias legerent; hoc vos à primordio ingrediamini, digni tanto honore, tantaque reperti felicitate, ut & initium vobis, & finis legum eruditionis à voce Principali procedat.*

3. *Magiſtro*] Scilicet officiorum, penes quem cura eſt totius pene aulæ & palatii. Gallis *Pravoſt. de l'Hoſtel.* Cujac. *in l. 3. C. de prapoſ. ſacr. cubic. lib. 12.*

Exquæſtore] Quæſtor ætate Juſtiniani is erat, quem noſtra ætas Cancellarium vocat, ut *paſſ. in Cod.* hoc eſt, ad quem cura legum & juris pertinet. Cuſtos legum & famæ publicæ appellatur in *Nov.* Valentiniani *de homic. caſ. fact.* & à Caſſiod. aliquot locis. Exquæſtores & Exconſules à Juſtiniano dicuntur, qui à Latinis, Quæſtores & Conſulares.

Anteceſſoribus] Juris Interpretibus, ac Doctoribus, *ἐξηγηταῖς*, ut paſſ. in *præf. Pand.* *τῶν νόμων διδασκάλοις*, *l. 6. §. 12. D. de excuſ. tut.* Qui forum ſequebantur, Togati; qui ſcholas, Anteceſſores, & Profeſſores dicebantur.

Prima legum cunabula] Prima legum fundamenta, *στοιχεῖα* ſeu elementa, primam legum audientiam appellat in *l. un. C. de nud. jur. Quirit. tollend.*

Antiquis fabulis] Jus antiquum & obſoletum intelligit, quo referti erant veterum Juriſconſult. libri.

Rerum obtineat argumentis] Huc pertinet illud Ariſtippi apud Laertium, qui percontanti cuidam, quæ potiſſimùm adoleſcentibus eſſent diſcenda, reſpondit, quæ viris uſui futura ſunt.

Poſt quadriennium] Theophil. *μετὰ τετραετῆ χρόνον.* Sed aut erravit ipſe, aut corrupti ſunt Codices, ut patet ex præfat. ad anteceſſ. Fabr. *in not. ad Theoph.*

Digni tanto honore tantaque reperti felicitate] Digni reperti tanto honore tantaque felicitate. Theoph. *τοσαύτης ἀξιωθέντες τιμῆς, καὶ τοσαύτης ἀπολαύσαντες εὐτυχίας, dignati & aſſecuti.*

Diviſio Inſtitutionum.

4. *Igitur poſt libros quinquaginta Digeſtorum, ſeu Pandectarum, in quibus omne Jus antiquum collectum eſt, quod per eumdem virum excelſum Tribonianum,*

Digitized by Google

num, nec non cæteros viros illuſtres & facundiſſimos confecimus; in quatuor libros eaſdem Inſtitutiones partiri juſſimus, ut ſint totius legitimæ ſcientiæ prima elementa.

4. *Pandectarum*] Pandectæ παρὰ τὸ πᾶν δέχεσθαι, quòd omnis generis leges complectantur Harmenop. *lib.1.tit.1.§.6.*

Collectum eſt] Libri veteres teſte Hotom. *collatum eſt*. Et ita Theoph. ἐν οἷς ἤθροισται πᾶσα ἡ τῶν ἀρχαίων νομοθεσία.

Cæteros] Præter Tribonianum, Theophilum, Dorotheum, tredecim aliis uſus eſt Juſtinianus, quos enumerat & nominat *in præfat. Digeſt.*

In quatuor libros] Apud Theophil. abundant verba, τῶν εἰρημένων δηγέστων. Fabrot.

Quid in Inſtitutionibus contineatur.

5 *In quibus breviter expoſitum eſt; & quod antea obtinebat, & quod poſtea deſuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum eſt.*

5. *Deſuetudine*] Theoph. ἀσυνηθείᾳ, quaſi dicat *inſuetudine*. Significat autem jura antiqua & antiquata, qualia multa in argumentis uſucapionum, exhæredationis liberorum, legatorum ſucceſſionum ab inteſtato, bonorum poſſeſſionum, ſatisdationum, &c.

Illuminatum eſt.] Theoph. ἐφωτίσθη. Intelligit autem & deſuetorum quorumdam in uſum revocationem, & aliorum vel interpolationem vel abolitionem.

Ex quibus Libris compoſitæ ſunt Inſtitutiones, atque earum recognitio, & confirmatio.

6. *Quas ex omnibus antiquorum Inſtitutionibus, & præcipuè ex Commentariis Caji noſtri, tam Inſtitutionum, quàm rerum quotidianarum, aliiſque multis Commentariis compoſitas cum tres viri prudentes prædicti nobis obtulerint, & legimus, & recognovimus, & pleniſſimum noſtrarum Conſtitutionum robur eis accomodavimus.*

6. *Præcipuè ex commentariis Caji*] Hoc ita eſſe vel ex reliquis ſcriptorum Caji, quæ in Pandectis ſuperſunt, cuivis animadvertere licet: ſæpius enim hujus unius, quàm cæterorum omnium verba in his libris proferuntur.

Noſtri] Benevolentiæ ſignificatio, ac ſic plerumque prædeceſſores, qui noſtræ fuerunt profeſſionis, appellavimus, *Scævola noſter* apud Paulum & Triphonium ſæpè: apud Pomponium *Cajus noſter. l.pen. D. de ſtip.ſerv.* Floruit ſub Hadriano & Marco. *l.7.D.de reb.dub.l.pen.D.ad SC. Tertyll.*

Recognovimus] Id eſt, corrigendi cauſa diligenter & attentè legimus; Cic.pro Balb. *Nos Cn. Pompeji judicium de conſilii ſententia pronunciatum recognoſcemus.*

Conſtitutionum robur eis accommodavimus.] His verbis indicatur Inſtitutionum confirmatio. Unde hæc præfatio Theophilo, διάταξις βεβαιοῦσα τὰ ἰνστιτοῦτα.

Adhortatio ad ſtudium juris.

7. *Summa itaque ope, & alacri ſtudio has leges accipite: & voſmetipſos ſic eruditos oſtendite, ut ſpes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, poſſe etiam noſtram Rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari: D.CP.XI. Kalend. Decemb. D.JUSTINIANO PP. A. III. COS.*

7. *Summa ope & alacri ſtudio*] Epilogus exhortatorius, ut in ſuaſoriis uſitatum, à ſpe & expectatione præmiorum. Cic. 1. *de orat. Pergite, ut facitis, adoleſcentes, atque in id ſtudium, in quo eſtis, incumbite; ut & vobis honori, & amicis utilitati, & Reipub. emolumento eſſe poſſitis.*

D.CP.XI.KAL.DECEMB.] Id eſt, *Data Conſtantinopoli XI. kalendas Decembris, Domino Juſtiniano perpetuo Auguſto tertium Conſule*. In quibuſdam libris, PP. quaſi *Patre Patriæ*, quod ejus temporis conſuetudo repudiat. Hottom.

TITULUS I.

DE JUSTITIA ET JURE.

Concord. Lib. 1. Tit. 1. Dig.

1. *Partitio & ſeries totius operis.*
2. *Juſtitiæ vulgata diſtributio explicata.*
3. *Etiam univerſalem juſtitiam diſciplinæ civili præpoſitam.*
4. *Utrùm juſtitiæ in univerſalem & particularem diſtributio neceſſaria? ſeptice.*
5. *Varia juris ſignificata, & quæ in ſignificatione hoc verbum hic accipiatur.*
6. *Summa eorum, quæ hoc titulo traduntur.*

Duo,

Digitized by Google

DUo hæc in omni jure conſtituto inſunt: jus ipſum ſeu lex, quæ jubet & conſtituit; tum res, quæ eo jure jubetur conſtituiturque: ac pro-
1 inde univerſi juris tractatio duabus partibus continetur, quarum una eſt de jure conſtituente, ſive de legibus qua naturalibus qua civilibus: altera de jure conſtituto, ſive de eo, quod legibus ſancitum cautumque eſt. Et quia prima natura quæſtio eſt de jure conſtituente, de eo etiam primo loco veteres tractaverunt: quod non modò in his Inſtitutionum libris, ſed etiam in Pandectis animadvertere licet. Nam prima quæſtio proponitur atque abſolvitur quatuor titulis in veſtibulo ſive greſſu Pandectarum; reliquo opere agitur de jure conſtituto. Idem & in Inſtitutionibus noſtris obſervatum eſt: ſiquidem duo priores tituli hujus libri primam quæſtionem continent: reliqua parte operis altera quæſtio, quæ multò latiùs patet, tractatur, atque ὁδῷ διαιρετικῇ abſolvitur, initio facto à diſcretione materiæ ſi-
2 ve ſubjecti hujus ſcientiæ; quæ diviſio in hac quæſtione omnium prima eſt generaliſſima. Inſcribitur hic titulus *de juſtitia & jure*. Ariſtoteli & plerisque moralis philoſophiæ profeſſoribus juſtitia duplex eſt, univerſalis, & particularis. Ad univerſalem pertinet tritum illud Poetæ gnomologi;

Ἐν δὲ δικαιοσύνῃ συλλήβδην πᾶσ' ἀρετή ἐστι.

Comprehendit ſcilicet in ſe hæc juſtitia etiam aliarum virtutum omnium officia, peculiari tamen cum reſpectu, quatenus nimirum illa neceſſaria ſunt, aut conducunt ad perfectionem & conſervationem civilis ſocietatis, ut ne quid admittatur contra rationem aut honeſtatem, quod non admitti vel publicè vel privatim interſit. Hæc eadem juſtitia & legalis dicitur, propterea quod non minùs latè patet, quàm ipſæ leges. quæ etiam ſunt regula & norma hujus juſtitiæ; unde à Cicerone *lib. 1. de legib.* definitur *obtemperatio ſcriptis legibus & inſtitutis populorum*: ab Ariſtotele *lib. 5. Eth. 1. obedientia erga omnes leges*. In ſumma hæc juſtitia à virtute in genere non differt eſſentia, ſed hactenus tantùm, quod quando conſideratur ut habitus animi, dicatur virtus ſimpliciter; quando ut civilis ſocietatis conſervatrix, juſtitia, auctore Michaele Epheſio ad d. loc. Ariſt. Vitium huic legali juſtitiæ oppoſitum dicitur παρανομία. Particularis juſtitiæ duas ſpecies conſtituunt, quarum alteram διανεμητικὴν Ariſtoteles vocat, id eſt, *diſtributivam*; alteram συναλλακτικὴν, id eſt, *commutativam*. Diſtributiva reſpicit ἀξίαν, quod quiſque meretur, quod cuique convenit, ſive id premium ſit, ſive pœna, ſive honor, ſive onus. Commutativa ſuum cujuſque propriè ſumptum ſpectat, & alio nomine melius διορθωτικὴ à Philoſopho appellatur: nam ut poſſeſſor rei meæ eam mihi reddat, non eſt ἐκ συναλλάγματος, & tamen ad eamdem hanc juſtitiam pertinet. Illud quoque perpetuum non eſt, quod plerique tradiderunt, à juſtitia commutativa reſpici proportionem ſimplicem, quam arithmeticam vocant, à diſtributiva comparatam, quam appellant geometricam, quæ mathematicis & revera ſola proportio eſt; neque enim per ſe juſtitia commutativa à diſtributiva differt tali proportionum uſu, ſed objecto & materia circa quam verſatur. Nam & contractus ſocietatis expletur proportione comparata; & ſi unus tantùm aptus inveniatur ad munus publicum obeundum, non alia, quam 3
ſimplici commenſione, attributio fit: & contra, ſi quis de ſuo legare velit, diſtributiva juſtitia uti ſolet, & merita conſiderare. *l. 7. ff. pro ſoc.* Sed & in delictis coercendis pœnarumque irrogatione modò arithmetica, modò geometrica proportio ſervatur; quod tamen totum eſt juſtitiæ diſtributricis. D. Grot. 1. *de jur. bell. & pac. c. 1. num.* 8. Vitium particulari juſtitiæ oppoſitum πλεονεξία dicitur, cujus verbi vim Latini per vocem *injuriæ* ferè exprimunt. Diſciplina civilis non dirigit internas animi functiones, & potiſſimè verſatur circa juſtitiam particularem in cjus juris obedientiam animos formans, cujus executio in judiciis urgetur. Negari tamen non poteſt, quin interim quoque ſpectet juſtitiam univerſalem, quæ omnium virtutum officia complectitur. Docet enim juſtè vivendum eſſe ſecundùm omnes leges; ipſaque adeò juris præcepta omnem ſpeciem virtutis & honeſtatis continent, certè quatenus eò ſpectant, ut juſtè vivatur, & civium inter ſe honeſta ſit ſocietas quod hic quærimus. Et verò ſi legibus, & legum latoribus propoſita eſt univerſa virtus, ut ſane eſt, cùm beatitudo civilis ſit univerſarum legum ſumma, teſte Platone 5. *de legib.* etiam legum ſcientiæ & conſultis eadem propoſita erit: neque enim minùs latè patet officium Juriſconſulti in legibus interpretandis, quàm legislatoris in ſanciendis: totoque falluntur judicio, qui officium Juriſconſulti cancellis forenſium cauſarum circumſcribunt. Utique illa; *hominem mortuum in urbe ne ſepelito, nevè urito: rogum aſcia ne polito; mulieres genas ne radunto, nevè leſſum funeris ergo habento*, & ſimilia lege duodecim tab. cauta, nullo modo ad juſtitiam particularem referri poſſunt. Quòd ſi quid in hujuſmodi quæſtione valere debet auctoritas Principis, ipſe Juſtinianus *Nov. 69. in pr.* diſertè ait, *juſtitiam illam, quæ ſingulis virtutibus aſſiſtit, eaſque ad debitum finem perducit*, etiam finem eſſe legum prudentiæ. Temperare mihi non poſſum, quin illud hic ſubjungam, eſſe, qui vulgatam illam juſtitiæ diſtin- 4
ctionem negant eſſe neceſſariam; & ſimplicius eſſe contendunt, ſi unum tantùm juſtitiæ genus eſſe dicamus. Quòd ſi verum eſt, ſublata erit hæc diſputatio. Hi ita diſſerunt. Ut ſingularum virtutum omnium, ita & juſtitiæ unum genus eſſe, [illegible], ἢ ἀδικίας; ſicut ex contrario nec duo injuſtitiæ genera ſunt, ſed unum tantùm, ſive τὸ ἄνισον dicas, ſive παρανομίαν.

..., utrumque enim omnem comprehendere injuſtitiam, ... ipſum Ariſtotelem docere: neque ἀδικίαν & πλεονεξίαν genera eſſe oppoſita, ſed hanc illius ſpeciem, hoc item & Ariſtotelem fateri. Adhæc non ſimpliciter verum eſſe, quod reliqua injuſtitiæ genera non tantum pugnent cum juſtitia, verùm etiam cum alia virtute, πλεονεξία, autem cum ſola juſtitia, quo maximè argumento ad diſtinctionem ſuam probandam utitur Ariſtoteles. Poſſe quidem in una actione cum alio vitio injuſtitiam concurrere: cæterùm nullas actiones injuſtas, quatenus injuſtæ ſunt, cum alia virtute directò pugnare, ſed cum juſtitia dumtaxat: ſicut nec ex contrario alia vitia cum juſtitia, ſed cum oppoſitis ſibi virtutibus. Ut ecce; qui adulterium committit, eum & injuſtum eſſe, quòd alienum violat thorum, & intemperantem, propter expletionem libidinis. Jam verò violare thorum alienum, quod eſt injuſtitiæ, non pugnare cum temperantia] quid enim ſi quis quæſtus ſui cauſa id fecerit] † nec explere libidinem cum juſtitia, non magis, quàm ſi quis libidinis explendæ cauſa cum ſcorto congreſſus ſit. Denique ex hoc etiam exemplo patere, poſſe & πλεονεξίαν eodem modo cum alia virtute committi: nam adulterum & πλεονέκτην eſſe ſive injurium, & intemperantem. Innumera verò afferri poſſe, quæ cùm ſint ἄδικα, & in ſpeciem πλεονεξίας non cadant, cùm nulla tamen alia virtute pugnent, quàm cum juſtitia. Nam ſi quis è decem, quos habebat, ſex ſervos teſtamento manumiſerit; aut ſi minor viginti annis ſervum manumiſerit, non dicta apud Conſilium cauſa; utrumque injuſtè facere, illum contra legem Fuſiam Caniniam, hunc contra legem Æliam Sentiam: neutrum tamen injurium eſſe, neutrum ignavè aut intemperanter facere. Si vir uxori quippiam donaverit, ſi fundum dotalem cum conſenſu uxoris alienaverit aut obligaverit, ſi fœmina interceſſerit, ſi filiofam. pecunia mutuo data ſit, ſi frater ſororem adoptivam uxorem duxerit; haſce actiones omnes, & ſimiles, injuſtas eſſe, & legibus aut ſenatuſconſultis improbari: nec tamen qui iſta faciunt, injurios dici poſſe, aut intemperantes, vel ignavos. Cæterùm nihil in præſentia definio. Juris vocabulum πολύσημον eſt: propria ſignificatio una, minùs propriæ plures. Propriè jus dici-
5 tur naturæ aut populi, ejuſve, qui vicem populi ſuſtinet, juſſum. Arguit id etymon ipſius vocabuli, quod à jubendo dictum eſſe vel ex eo liquet, quòd veteres, auctore Feſto, jura dixerunt *juſſa*. In hac autem ſignificatione paſſim uſurpatur: veluti cum dicimus, jure quid fieri, juris rationem non pati, contra jus eſſe: ſic dicitur jus naturale, civile, prætorium. Cæteræ ſignificationes minus propriæ; ut primò cum jus accipitur pro eo, quod jure continetur, & cuique tribuitur: idque vel generatim, & indefinitè, ut in hiſce formulis aut id genus aliis, cum dicimus jus ſuum cuique tribuere, nemini mortalium jus ſuum detrahi oportere: eodémque modo haud dubiè accipi debet, cum dicimus jura ſanguinis, agnationis, naturalia & adoptionis jura, nempe pro beneficiis ſanguini, agnationi, naturæ, adoptioni jure tributis: vel ſpecialiter pro facultate & poteſtate jure tributa, quod fit quoties verbis faciendi jus adjungitur, ut in definitionibus itineris, actus, viæ, uſusfructus, actionis: in quibus omnibus metonymia eſt continentis pro contento. Secundò cum jus accipitur pro juris arte per eamdem figuram converſo modo, ut in *l. 1. in pr. hoc tit.* Tertiò cum accipitur pro loco, in quo jus redditur, ut cum dicimus *in jus vocare, in jure confeſſos pro judicatis haberi.* in quo idem ferè tropus eſt, μετωνυμία adjuncti pro ſubjecto, *l. pen. eod.* Quòd ſi nunc quæratur, qua in ſignificatione jus hoc loco accipi debeat, propriane, an figurata? conſtanter reſpondebimus, in propria. Arguit hoc ipſa materia, quæ & in hoc & in ſeq. titulo tractatur. Arguunt definitiones & diviſiones, quæ utroque titulo & in π. eod. traduntur: ut mirum ſit inveniri, qui ſeriò contendunt, jus hic pro juris arte accipiendum. Summa eorum, quæ hoc titulo tractantur, hæc eſt: Primùm traditur 6
definitio juſtitiæ & juriſprudentiæ, quaque ratione ac via tyronibus hæc diſciplina proponenda ſit, indicatur. Hinc jam ea pars, quæ eſt de jure conſtituendo, inchoatur, traduntúrque juris præcepta, juris civilis diviſio, & ſubdiviſio privati. Singula nunc videamus.

TEXTUS.

Definitio Juſtitiæ.

Juſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi.

NOTÆ.

Conſtans & perpetua voluntas] verba juſtitiæ habitum ibi demum eſſe indicant, ubi hæc perpetuò & conſtanter quis juſtè agit, atque ut Ariſtoteles 2. *Eth.* 5. βεβαίως καὶ ἀμετακινήτως ἔχων. Auctor hujus definitionis eſt Ulpian. *l.* 10. *D. hoc tit.*

Voluntas] Metonym. pro habitu voluntatis ſive ἕξει, ἀφ' ἧς ... τὰ δίκαια, ut Paraphraſt. ad 5. *Nicom. c.* 1.

Jus ſuum cuique] Objectum juſtitiæ eſt jus cujuſque ſuum: ..., ut id quiſque obtineat, i.e. ut cuique, quod ei debetur, tribuatur. Delictis etiam debetur pœna. Arhanaſ. in ſyn. 8. ſer. Ἀποδιδόναι ἑκάστῳ τὸ ἴδιον. Plato 1. *de Rep.* hunc finem exprimit his verbis, τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι.

Tribuendi] Aliàs *tribuens*, Theophil. ἀπονέμουσα. Cic. 5. *de fin. Affectio animi ſuum cuique tribuens, quæ juſtitia dicitur*; & ita etiam alibi, *lib. 1. de off. & 2. ad Heren.*

CON-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

V*Oluntas*] Scimus voluntatem eſſe potentiam naturalem, juſtitiam autem virtutem eſſe & habitum animi προαιρετικόν, ac proinde qualitatem adventitiam. Falſum igitur, dicat aliquis, genus. Si reſpondemus genus eſſe metonymicum, effectumque pro cauſa poſitum, voluntatem ſcilicet pro habitu, qui eam efficit, jam contra omnem philoſophiam, omnemque rationem videbimur qualitatem adquiſitam cauſam ſtatuere qualitatis & potentiæ naturalis. Verùm obſervandum eſt, non ſimpliciter pro genere voluntatem poni, ſed ἐπιθέτως voluntatem conſtantem & perpetuam. Ut velimus, à natura eſt; ut conſtanter, ab habitu. Potentia naturalis, quatenus promovet habitum, ejus ex parte cauſa eſt: quatenus autem ipſa politur ac perficitur ab habitu, effectum.

Conſtans & perpetua] σταθερὰ καὶ διηνεκής, quæ verba juſtitiæ habitum ibi demum eſſe indicant, ubi perpetuò, & conſtanter quis agit, atque ut Ariſtoteles loquitur, βεβαίως καὶ ἀμετακινήτως ἔχων. 1. *Eth.*4. Ne quis autem putet vitioſum eſſe, quod juſtitia definiatur per ejuſmodi habitum, cujus homo non ſit capax: à res definiri ſolet non ad conditionem ſubjecti, ſed qualis eſt eſſentia ſua; ſicut ab Ariſtotele felicitas, à Platone reſpublica, à Xenophonte Princeps, à Cicerone & Quintiliano orator deſcribitur. Eodem modo & juſtitia hìc definitur, non ut ineſt huic vel illi ſubjecto, ſed prout ineſſe debet juſtitiam profitenti; in abſtracto, inquam, non in concreto.

Ius ſuum cuique tribuendi] ἑκάστῳ τὸ ἴδιον ἀπονέμουσα ἕξις. Quod Dialectici docent, habitus definiti aſſumpto ad genus objecto & fine, id etiam in hac definitione obſervatum. Objectum juſtitiæ eſt jus cujuſque ſuum: finis, ut id quiſque obtineat, hoc eſt, ut cuique, quod ei debetur, tribuatur. Delictis etiam debetur pœna. Atque hunc finem ſimpliciter Plato expreſſit his verbis, τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι. 1. *de repub.* Auctor propoſitæ definitionis eſt Ulpian. *l. Iuſtitia.* 10. *hoc eod. tit.* Plenior & planior hæc eſt: Juſtitia eſt habitus animi, per quem ita affecti ſumus, ut ſuum cuique, quantum in nobis eſt, tribuere velimus.

TEXTUS.

Definitio Juriſprudentiæ.

1 *Juriſprudentia eſt divinarum atque humanarum rerum notitia, juſti atque injuſti ſcientia.*

NOTÆ.

Iuriſprudentia] Quæ & ſcientia & ars juris, & intelligentia & civilis ſapientia. His enim nominibus promiſcuè uti ſolent, qui populariter loquuntur.

Divinarum atque humanarum rerum] Subjectum modus autem conſiderandi, quatenus de jure earum quæritur: quem modum indicant verba ſequentia, *juſti atque injuſti*. M. Vv.

Scientia] Juriſprudentia eſt habitus intellectus: Juſtitia, ut virtus moralis, eſt habitus voluntatis. Hæc etiam definitio Ulpiani eſt *d. l.* 10. §. 2. *D. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

J*Vriſprudentia*] Diſciplina noſtra nunc ſcientia, nunc ars juris, nunc intelligentia, nunc civilis ſapientia; hic prudentia appellatur: hiſce enim nominibus promiſcuè utuntur non juriſconſulti tantùm, ſed etiam cæteri auctores, qui populariter loquuntur. At enim cùm hæc diſciplina ſit habitus practicus [eſt enim ſine controverſia pars philoſophiæ practicæ] ſi ſtrictè loqui volumus, & ad certas habitus intellectualis ſpecies ſingula illa nomina cum Ariſtot. 9 *Eth.* 3. accommodare, ſolum nomen prudentiæ huic diſciplinæ tum conveniet.

Divinarum atque humanarum rerum notitia] Hæc item deſcriptio Ulpianum auctorem habet *l. juſtitia.* 10. §. 2. *hoc tit.* Genus in hac deſcriptione eſt notitia aut ſcientia; idem enim hæc duo ſignificant. Differentia petitur à ſubjecto, ejuſque conſiderandi modo: unde & finis ſpontè ſua intelligitur. Subjectum juriſprudentiæ ſunt res divinæ & humanæ: modus conſiderandi, quatenus de jure earum quæritur; ſcilicet ut norimus, an in iis, aut ad eas, & quatenus jus aliquod habeamus. Nam in hunc finem res dividuntur in eas, quæ divini, quæque humani juris ſunt: quæ in commerciis atque extra commercia: quæritur in rebus humanis, quæ publicæ, quæ privatæ: & in his earum acquiſitio, conſervatio, alienatio, & id genus alia, quorum omnium tractatio ad juriſconſultum pertinet. Hunc verò conſiderandi modum ſequentia definitionis verba indicant, *juſti atque injuſti ſcientia*: nempe hactenus res divinas & humanas eſſe objectum hujus ſcientiæ, quatenus ea, cùm de jure harum rerum quæritur, quid juſtum aut injuſtum ſit, doceat. Quòd ſi cui hæc explicatio ſubtilior videtur, ecce aliam magis popularem. Certum eſt, diſciplinam civilem non tantùm in privati, ſed etiam in publici juris cognitione verſari: publici autem juris cùm pars ſit divinum, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* meritò earum divinarum atque humanarum, hoc eſt, divini & humani juris notitia dicitur; juſti, atque injuſti, id eſt, ejus, quod fas & jura ſinunt, aut non ſinunt, ſcientia. Sanè veteres juris interpretes etiam ſacris cæremoniiſque Deorum præfuiſſe teſtis eſt hiſtoria. A Celſo hæc diſciplina ab officio eam profitentis elegantiſſimè & breviſſimè deſcribitur, *ars æqui & boni. d. l.* 1. *in pr.* ſiquidem officium juriſconſulti & prudentia illius tota in eo conſiſtit, ut quid in re quaque æquum, quid iniquum ſit, videre, tum diſcer-

nete & de eo reſpondere poſſit conſilium ſibi expetentibus.

De juris methodo.

TEXTUS.

2. *His igitur generaliter cognitis, & incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita videntur poſſe tradi commodiſſimè, ſi primò levi ac ſimplici via, poſt deinde diligentiſſima atque exactiſſima interpretatione ſingula tradantur; alioqui ſi ſtatim ab initio rudem adhuc & infirmum animum ſtudioſi multitudine ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum, aut desertorem ſtudiorum efficiemus, aut cum magno labore, ſæpè etiam cum diffidentia (quæ plerumque juvenes avertit) ſerius ad id perducemus, ad quod, leviore via ductus, ſine magno labore & ſine ulla diffidentia, maturius perduci potuiſſet.*

NOTÆ.

Generaliter] Curſim, obiter, ſummatim, ὡς ἐν παρέργῳ.

Levi ac ſimplici via] Τυπωδῶς, craſſa ac pingui Minerva. Præclarè Ariſtot. δεῖ γὰρ, inquit, ὑποτυπῶσαι πρῶτον εἶθ' ὕστερον ἀναγράψαι. *Prius lineamenta prima ducenda ſunt & opus informandum, poſt ungendum veris coloribus.* Nec minùs ſcitè Quintil. 1. *Inſt. orat.* 2. *Ut Vaſcula*, inquit, *oris anguſti ſuperfuſam humoris copiam reſpuunt, ſenſim autem influentibus complentur, ſic animi puerorum.*

Diligentiſſima atque exactiſſima] Hoc ad ſummam ſcientiæ eſt neceſſarium, ut priùs illud incipientibus magis convenit.

Duorum alterum] Δυοῖν θάτερον. Quintilian. *Proœm. lib.* 8. *Incipientibus brevius & ſimplicius tradi convenit; aut enim difficultate inſtitutionis tam numeroſæ atque perplexæ deterreri ſolent; aut eo tempore, quo præcipuè alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda ſunt, aſperiorum tractatu atteruntur.*

Cum diffidentia] Cic. *in orat. Vereor, ne tandem ſtudia multorum, qui deſperatione debilitati experiri id nolunt, quod aſſequi ſe poſſe diffidant.*

COMMENTARIUS.

Quod pictores facere ſolent, qui priùs lineamenta prima ducunt & opus informant, poſt veris coloribus utuntur, id etiam in quavis arte docenda faciendum eſt. Primò enim τυπωδῶς, craſsè & ſimpliciter, poſtea ἀκριβέστερον, diligentius & ſubtilius unumquodque tradendum. Illud incipientibus magis convenit; hoc ad ſummam ſcientiæ eſt neceſſarium.

Duorum alterum] Duplicem hujus rei rationem affert. Prima eſt, ne difficultate initio propoſita deterreantur animi adoleſcentum; voluntatemque diſcendi una cum ſpe perdiſcendi abjiciant. Altera, ut maturius ad cognitionem hujus ſcientiæ ab hoc aditu patefacto perveniant, ad quam aut ſerius aut nunquam pervenirent [certè non ſine magno labore aut diffidentia] ſi eo tempore, quo præcipuè alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda ſunt, aſperiorum tractatu rerum atterantur, ut diſputat Fabius in *proœm. lib.* 8. *Inſt. orat.* Commentariorum, quod ad incipientes attinet, eadem ratio. Cæterùm qui jam aliquandiu hoc ſimplici cibo paſti ſunt, iis nihil prohibet eumdem paulò doctius conditum iterum apponere, novoque & piperato jure deficientem excitare appetentiam. Mihi animus eſt uno promiſcuo apparatu & frugaliter incipientes, & opiparè provectos, nitidè omnes excipere.

TEXTUS.

Juris præcepta.

3. *Juris præcepta ſunt: Honeſtè vivere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere.*

NOTÆ.

3. *Juris præcepta*] Non regulæ artis juris, ut Hopper. & Cont. ſed dictata juris naturæ αἱ κοιναὶ καὶ φυσικαὶ ἔννοιαι, inſitæ & quaſi conſignatæ in animis noſtris notiones, ex *l.* 10. §. 1. *D. eod.*

Honeſtè vivere] Hoc præcepto vetantur omnia, quæ pugnant cum bonis moribus & publica honeſtate, etiamſi non expreſsè prohibita. *Eſt aliquid*, inquit Cic. pro Balbo, *quod non oporteat, etiamſi liceat.* fac. *l.* 144. *de reg. jur.*

Alterum non lædere, ſuum cuique tribuere] Horum alterum ad perſonam alterius referri videtur, alterum ad res externas. *Cic.* 1. *de offic. Juſtitiæ primum munus eſt, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis ut ſuis.* Sen. 3. *de beneſ. c.* 12. *Æquiſſima vox eſt, & jus gentium præ ſe ferens, Redde, quod debes.*

COMMENTARIUS.

Non aſſentior Hoppero *lib.* 1. *de art. jur.* nec Contio ad *hunc* §. qui præcepta hoc loco & apud *Ulp. l.* 10. §. 1. *eod.* pro regulis hujus artis poſita putant: ſiquidem præcepta artium principia ſunt cognoſcendi, ut definitiones & diviſiones: atque ita non tres regulæ, ſed una tantùm proponeretur præceptorum juris diſtributio. Rectius præcepta hic accipiemus generalia quædam dictata ac præſcripta juris illius communis, quod ſemper æquum & bonum eſt, ſive notiones quaſdam à natura inſitas & quaſi conſignatas in animis noſtris κοινὰς καὶ φυσικὰς ἐννοίας. Sic primò quidem, quo vitæ honeſtas præcipitur, intelligi oportet vetari facta omnia, quæ lædunt pietatem, vere-

cun-

ſcundiam, exiſtimationem noſtram, & generaliter quæcumque pugnant cum legibus, bonis moribus, & publica honeſtate: in tantum, ut etiam ab iis nonnunquam abſtinendum ſit propter honeſtatem, quæ legibus civilibus permiſſa aut non expreſsè prohibita ſunt, juxta tritum illud, *non omne, quod licet, honeſtum eſt*. De quo multa præclarè Pet. Faber ad *l. non omne de reg. jur.* Nimirum eſt aliquid, quod non oportet, etiamſi liceat, ut benè Cicero *pro Balbo*: neque verè ſimplex hæc admonitio eſt, ut quibuſdam videtur, ſed verum atque efficax juris naturalis præceptum: licet hic aliquando claudicet & conniveat lex civilis; errantque adeò, qui cum hoc præcepto committunt lupanaria, quæ paſſim tolerari conſtat. ἔλλειψις eſt legis civilis, cujus latorem officii ſui admoneant, ne vel boni cauſa mala fieri permittat. Hoc enim prætextu hujuſmodi conniventia excuſari ſolet, *quod propter redundantem in humana natura perverſitatem, quædam etiam non decora ac ſalutaria, adeòque decrete Spiritus damnata, toleranda ſint, ne majoris mali præbeatur occaſio*. Verba ferè ſunt & ratio Imp. Leonis, qui uſum uſurarum, quas pater ſuſtulerat, hoc obtentu non dubitat reſtituere. *Nov. Leon.* 83. Duo reliqua præcepta duo diſtincta munera juſtitiæ evidenter continent. Sic enim craſsè ea accipio, ut ſecundum (*alterum non lædere*,) ad perſonam alterius referatur: ne alicujus vitam, incolumitatem, libertatem, exiſtimationem lædamus aut violemus: tertium (*ſuum cuique tribuere*) ad res externas: ut ab alieno manus abſtineamus, hoc eſt, res alterius non attrectemus aut minuamus, ut patiamur unumquemque rebus ſuis uti, ut reddamus quod alienum apud nos eſt. Cui explicationi conſentaneum eſt, quod ſcribit M. Tullius *lib. 1. Offic. Juſtitiæ primum munus eſſe, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis ut ſuis*. Plus juſto religioſi ſunt, qui nec plura eſſe juris præcepta contendunt, nec pauciora. Nam & uno ex his tribus generaliter univerſum juſtitiæ munus comprehendi poteſt, ut in definitione juſtitiæ tertio præcepto duo priora comprehenſa ſunt: poſſunt & quædam juſtitiæ munera aliis præceptis aut verbis ſpecialiùs aut evidentiùs exprimi; ut *Deum colere, parentes revereri, pacta ſervare*, &c. Nemo meliùs hæc explicavit, quàm Claudius Cantiuncula in doctiſſima ſua paraphraſi.

TEXTUS.

De jure publico & privato.

4. *Hujus ſtudii duæ ſunt poſitiones, publicum, & privatum. Publicum jus eſt, quod ad ſtatum rei Romanæ ſpectat. Privatum eſt, quod ad ſingulorum utilitatem pertinet. Dicendum eſt igitur de jure privato, quod tripertitum eſt: collectum enim eſt ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.*

NOTÆ.

4. *Duæ poſitiones*] Id eſt, duo themata, partes, ſpecies, εἴδη. Ex Ulp. *l. 1. §. 2. eod.* Alii tres fecere ſpecies, ſacrum, publicum, privatum. Auſon. in Idyll. 15. Sed Ulp. *d. loc.* ſub publico etiam ſacrum comprehendit. Bud.

Quod ad ſtatum rei Romanæ] Quod utilitate publicum eſt, non quod ſola auctoritate; eſt enim hæc diviſio à fine ſumpta, non à cauſa efficiente.

Ad ſingulorum utilitatem] Quod privatim ad cujuſque civis rem pertinet familiarem. Quamquam & hoc per conſequentiam publicè & illud privatim utile.

Collectum ex naturalibus præceptis &c.] Jus quo privati in civitate utuntur, tribus quaſi ex fontibus in Remp. defluxit, natura, gentium inſtitutis, & inventis cujuſque civitatis,

COMMENTARIUS.

1 *Quot modis dicatur jus publicum.*
2 *Antonius Orator notatus.*
3 *Ariſtotelica juris civilis diſtributio explicata.*
4 *Juſtinianus immeritò reprehenſus à Rod. Agricola.*
5 *Ulpianus cum Gajo, &c. conciliatus.*
6 *Appellatione juris poſitivi quale jus ſignificetur.*
7 *Optima juris privati diviſio.*

HUjus ſtudii duæ poſitiones] Studium figuratè pro jure, cui ſtudetur: nam ſtudium nullum publicum eſt, ſed cujuslibet proprium & privatum. Poſitiones, id eſt, θέματα, partes, ſpecies, εἴδη. Eſt autem hæc diviſio ſumpta ab objecto, ac fine principali: & fortaſſe rectiùs tres ſpecies ponerentur, ut à Cicerone 1. *de legib.* & Auſonio in *Idyll. Divinum, publicum, & privatum*: aut ſi διχοτομία magis arridet, dividi commodè poteſt in *divinum & humanum*: humanum deinde ſubdividi in *publicum & privatum*. Enimverò Ulpianum hujus diviſionis auctorem, ſub publico etiam divinum comprehendiſſe certum eſt: ait enim, *jus publicum in ſacris, ſacerdotibus, & magiſtratibus conſiſtere, l. 1. §. 2. hoc tit.* Cæterum juris illius ſacri, ut ethnici & impii, tractationem in ϖ. omiſerunt Compoſitores Chriſtiani. Quæ autem de hoc jure extant in Codice Chriſtianorum Imp. conſtitutiones, eatenus recipiendæ ſunt, quatenus verbo Dei non repugnant.

Publicum jus eſt] Juris publici nomen non uno modo accipitur. Id ne quem turbet, ſciendum eſt, jus publicum ſæpè dici non à materia & fine, ut hoc loco: ſed à forma aut cauſa efficiente, non quod utilitate publicum eſt, ſed auctoritate. Ita accipitur in *l. 8. de tutel. l. ex ſententia 19. de teſt. tut.* multiſque aliis in

in locis. Item apud Terent. *in Phorm. Anne id quidem adipiſcar ego, quod jus publicum eſt?* In *l. quod* 15. §. 1. *ad leg. Falc.* dicitur retentio Falcidiæ jure publico competere, *in l. damni* 18. §. 1. *de damn. inf.* uſucapio jure publico contingere, hoc eſt eo jure, quod publicè ſive publica auctoritate conſtitutum eſt. Eodem ſenſu & teſtamenti factio juris publici eſſe dicitur. *l. 3. qui teſtam. fac.* nimirum quia à lege eſt, ſeu publica legis auctoritate conceſſa. *l. 1. pr. verſ. ſecundo. ad leg. Falc. l. verbis legis* 120. *de verb. ſign.* Atque hæc omnia ad differentiam ejus juris, quod cuique privatim acquiritur ex conventionibus: quippe quæ parem cum legibus auctoritatem non habent: quod Papinianus ſic expreſſit, *l. ult. de ſuis & legit. Privatorum cautiones legum auctoritate non cenſentur.* Et quod paſſim legimus jus publicum privatorum pactis mutari aut infringi non poſſe. *l. jus publicum* 38. *de pact. l. Neratene* 20. *de relig. l.* 15. §. 1. *ad leg. Falc. l. neque pignus.* §. 1. *de reg. jur.* nihil aliud ſignificat, quàm ex eo jure aut forma ejus juris, quod quacumque de re publicè conſtitutum eſt, privatorum pactionibus nihil poſſe immutari. *d. l. nec ex.* 27. *de reg. jur.* Interdum & jus publicum accipitur pro jure, quod civium omnium ejuſdem civitatis commune eſt. Nam quod Papinian. in *l. inter.* 51. §. *pen. de fidejuſſ.* & Zeno in *l. ult. C. de reſt. in integ.* commune appellant, id eodem ſenſu publicum appellat Ulpian. *l. nihil conſenſui.* 116. §. 1. *de reg. jur.* itemque Imp. *l. 2. C. ne ux. pro mar.* ad diſtinctionem, ut videtur, juris ſingularis ſive privilegii, quod certarum dumtaxat perſonarum proprium eſt. Hoc autem loco ab objecto & fine id ſolùm jus publicum dicitur, quod ad utilitatem publicam, hoc eſt totius populi univerſim & conjunctim pertinet; non item ad ſingulos, niſi ſecundariò & per conſequentiam. Nam quod publicè utile eſt, id non poteſt non utile eſſe privatim; quemadmodum ex privatorum utilitate publicam quoque per conſequentias æſtimamus, veluti cum dicimus, *publicè expedire ſuprema hominum judicia exitum habere: intereſſe reipub. ne quis re ſua male utatur*, aliaque id genus.

1 *Rei Romanæ*] id eſt, *reipub. Romana.* Virgilius 6. *Æneid. Hic rem Romanam magno turbante tumultu Siſtet eques*, de Marcello loquitur. Ennius; *Moribus antiquis res ſtat Romana viriſque.* Si vocem *Romanæ* detrahas, definitio erit generalis: ſed hic adjecta ad differentiam aliarum civitatum, quæ cum Romana collatæ privatorum loco erant, *l. 15. & ſeq. de verb. ſign.* vel potiùs, quia Juſtiniano tantùm propoſitum eſt, jus Romanæ civitatis tractare, uti & Ulpiano, unde hæc ſumpta ſunt. Juris publici ſunt, quæ pertinent ad religionis cultuſque divini curam, ad pacis bellique ordinationem, ad fines & magnitudinem imperii, ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum, tributorum imperandorum, monetarum cudendarum ad exercenda judicia, delicta coercenda, magiſtratuſque creandos, per quos hæc expediantur.

Quod ad ſingulorum] Jus privatum in hac diviſione eſt, quod ſingulorum civium cauſa recta & principaliter comparatum eſt. Itaque & teſtamenti factio, & retentio Falcidiæ, & uſucapio, &c. hoc ſenſu ſunt juris privati.

Dicendum eſt de jure privato] Juris publici tractatio difficilior atque ſublimior Juſtiniano viſa eſt, quàm ut tyronibus proponi debeat; ideòque nec nos plura de eo dicemus. Cæterum ut illud obiter moneam, quod locus poſtulare videtur, apparet ex hac juris diviſione, 2
itemque ex definitione juriſprudentiæ, Antonium apud Ciceronem *l. 1. de orat.* non Juriſconſultum, ſed legulejum deſcribere, *qui legum & conſuetudinis ejus, qua privati in civitate utuntur, & ad reſpondendum & ad agendum & ad cavendum peritus ſit.* Præſtantiſſimam ſcilicet hujus artis partem, juris publici ſcientiam, conſultò præteriit homo Juriſconſultorum gloriæ ſubinvidens, & iniquè de hac ſcientia judicans.

Tripartitum eſt] Diviſio è cauſis efficientibus, id eſt, auctoribus juris, natura, naturali ratione, & civitate; quamquam hic non tam dividitur jus civile, quàm principia ejus, & origo indicatur, atque ſecernitur, ut verba, *collectum eſt*, oſtendunt, & notat D. Vveſemb. Cæterum non eſt adeò abſurdum, ut multi exiſtimant, jus civile tamquam genus conſtituere, cujus ſpecies ſint, naturale, gentium, & civile in ſpecie; dummodò jus civile, quatenus in ea diſtributione ut genus conſideratur, accipiatur pro eo jure, quo quæque civitas in univerſum utitur: civile autem in ſpecie, pro eo quod legiſlator à ſe conſtituit, & poſitivum paſſim appellatur. Eodem namque ſenſu Philoſophus 5. *Eth.* 7. dividit jus πολιτικὸν in φυσικὸν καὶ νομικόν. Jus enim naturæ ſive gentium 3
communis omnium populorum fons eſt, unde hauriunt ſinguli, quod ad ſuæ civitatis mores accommodent, quamvis id non uno omnes modo faciant: atque huc pertinet quod Gajus ſcribit in *l. omnes populi* 9. hoc tit. *Omnes populos partim communi omnium hominum jure uti, partim proprio*: quod Ariſt. *d. loc.* appellat κοινόν, & ſpeciem facit τὸ ἀνθρώπινον. Notat Juſti- 4
nianum Rod. Agricola *lib. 2. de invent. dial.* quòd dumtaxat jus privatum ex triplici illo jure collectum dicat, quaſi hoc ipſo negaret, jus publicum ex iiſdem præceptis collectum eſſe. Sed hoc minimè ſequitur. Nam ſatis Juſtiniano viſum eſt, cauſam & originem indicare ejus juris, de quo dicturus erat, nimirum privati; inſuper habito, an ex iiſdem præceptis etiam originem traheret jus publicum. Sed nec rectè dixeris naturam, ſive jus naturale, ut id in ſpecie accipiunt Juſtinian. & Ulpian. pro jure cum brutis communi, cauſam eſſe juris publici; quod & Bato rectè obſervavit. Nec tamen

men

Digitized by Google

men aſſentiendum Mynſingero, qui cum Alciato 1. *pareg.* 31. contendit, jus publicum tantùm eſſe ex præceptis civilibus. Nam præterquam quod manifeſtum eſt, religionem erga Deum, *l. 2. hoc tit.* & imperia magiſtratuum, per ea, quæ Ariſtot. 1. *polit.* 2. eſſe ex jure gentium, conſtat ipſos Romanos ſacra, cæremoniaſque ſuas, atque omnia ferè, quæ ad magiſtratus, aliaque jura publica pertinent, à pleriſque Italiæ populis ac præſertim Hetruriæ accepiſſe. De communi notitia de Deo locus eſt omni exceptione major apud Paulum ad *Rom. c.* 1. ſunt & apud Cic. 1. *Tuſc.* & 2. *de nat. Deor.*

Ex naturalibus præceptis aut gentium, aut ci-
5 *vilibus*] De numero generum juris diſſenſiſſe veteres videri poſſunt: nam Ulpianus in *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* quem hic ſequitur Juſtinianus, tria genera ponit, naturale, gentium, & civile. Cajus in *l. omnes populi eod.* duo tantùm, commune & proprium; neque Philoſophi plura genera agnoſcunt, quàm naturale & poſitivum. Sed tantùm in tractandi modo, non in re diſſenſio eſt: revera enim duo tantùm ſunt ſumma juris genera, naturale & civile ſeu poſitivum: ſed in hac bimembri diviſione primum genus duas priores ſpecies tripertitæ illius complectitur, in quas etiam deinde ſubdividi poteſt. Ulpianus enim brevitatis cauſa ſpecies unius generis cum altero genere unica diviſione complexus; quod ei familiare eſſe apparet ex *l. 4. hoc tit. l. 5. de pact.* Nomina quoque generis docendi cauſa, cùm propria deficerent, ſpeciebus indidit, jus naturale vocans, quod ſimilitudine quadam homini cum cæteris animantibus commune eſt; gentium, quod humani generis proprium. Obſervandum autem eſt, non omnes, qui jus dividunt in naturale & poſitivum, haſce ſpecies eodem ſenſu opponere. Nam ſunt, qui appellatione juris naturalis intelligunt quidem tum jus, quod hominibus cum brutis commune eſt, tum etiam jus gentium, quod primævum vulgò appellant; ſed jus gentium ſecundarium, ſpeciem faciunt juris poſitivi, ſicut & civilis; idque rationi magis conſentaneum putant Vveſemb. *par. hoc tit. num.* 15. *Greg. Lopez. animad. c.* 3. *D. Grot.* 1. *manuduct. ad jurisp. Bat. c.* 2. item *lib. 1. de jur. bell. & pac. cap. 1. n.* 9. *& ſeqq.* Alii verò appellatione juris naturalis poſitivo oppoſiti complectuntur jus omne, quod non eſt à poteſtate civili, nec tantùm jus gentium primævum, ſed etiam ſecundarium: quod & veteres interdum faciunt, ut videre eſt in *l. 1. de acq. rer. dom. §. ſingulorum infrà de rer. div.* ſed ſæpiùs tamen & hi jus naturale ex adverſo juri gentium ſecundario opponunt, ut in §. 2. *tit. proximè ſequentis inſ. de libertin. in pr. l. 4. hoc tit.* In diviſione propoſita etiam primario opponitur; quæ tamen oppoſitio vix ullum uſum habet, ut demonſtrabitur tit. ſeq. Optima diviſio erit, ſi dicamus, jus quoddam eſſe commune omnium gentium, aliud eſſe proprium cujuſque civitatis. Quod commune eſt omnium gentium, partim nobis commune eſſe cum beſtiis, partim proprium generis humani. Proprium generis humani, partim homini innatum, partim communi hominum conſenſu introductum.

Titulus Secundus.

DE JURE NATURALI, GENTIUM, ET CIVILI.

Summa eorum, quæ hic explicantur.

HOc titulo ſpecies juris privati, in quas ſupra §. *ult. præc. tit.* diviſum eſt, Imperator ſingulatim perſequitur & explicat. Quo peracto, juris civilis Romanorum, quod ſolum ſuſcepit, tractationem aggreditur: ac primùm illud dividit ex adjuncto in ſcriptum & non ſcriptum: ſcriptum deinde ſubdividit in ſuas ſpecies, quas ordine item explicat. Poſtea jus civile à naturali diſtinguit ratione diverſi effectus. Ad extremum viam ſternit ad rectam perceptionem juris conſtituti, propoſita diſcretione materiæ, circa quam jus omne, quo utimur, verſatur.

Textus.

De jure naturali.

Jus naturale eſt, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus iſtud non humani generis proprium eſt, ſed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari naſcuntur. Hinc deſcendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus. Hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia iſtius juris peritia cenſeri.

Notæ.

Omnia animalia docuit] *l. 1. §. 3. D. de juſt. & jur.* Dicuntur verùm hæc καταχρηστικῶς, eo quod

Digitized by Google

quod quæ hujus juris ſunt, etiam bruta faciant ſolo quidem impetu naturæ, cæterum cum ſimilitudine ſenſu a ac deſiderii humani. Cic. *in Lel.* Unde tales brutorum actus Ariſtot. 9. *de hiſt. anim. c.* 7. appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς. Propriè autem juris capax non eſt niſi natura utens præceptis generalibus. Grot. 1. *de jur. bell.* 1. Νόμῳ καὶ δικαίῳ πρὸς ἀνθρώπους μόνον χρῆσθαι πεφύκαμεν. Plutarch. *Cat. maj.* In beſtiis tantùm apparet juris aliqua imago. *Salmaſ. de uſur. cap.* 9.

Maris atque fœminæ conjunctio] Lactant. *l.* 6. *c.* 23. *Cùm excogitaſſet Deus duorum ſexuum rationem, attribuit ipſis, ut ſe invicem appeterent, & conjunctione gauderent, eaque ratione propagari & multiplicari genera poſſent.*

Educatio] Cic. 1. *de off. Quemadmodum communis eſt animantibus conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata ſunt.* Nam, ut idem *lib.* 3. *de fin. hæc inter ſe congruere non poſſent, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret.* Huc vel maximè pertinet ſtudium tuendi ſui adversùs vim illatam. Cic. 1. *de off.*

Peritia cenſeri] Id eſt, haberi pro peritis hujus juris, eorum numero aſcribi. Theoph. ἐν τοῖς τιμῶσι τοῦτον τὸν νόμον ἀναγεγραμμένα, id eſt, *his qui hanc legem obſervant, adſcripta*, quidam malunt, *perita*.

COMMENTARIUS.

1 *Animantia bruta propriè juris capacia non eſſe, & num.* 4.
2 *Parentes alere quo jure liberi teneantur.*
3 *Defenſionem adversùs vim illatam eſſe juris naturæ, & quatenus ea permiſſa remiſſivè.*

1 ANimalia bruta tam certum eſt eſſe juris expertia, quàm certum eſt eſſe ἄλογα, ſive expertia rationis. Nam inter quos jus eſt, inter eos & ratio, & æquum & bonum, & juſtitia, & lex, & ſocietas ſit neceſſe eſt. *Ariſt.* 5. *Eth.* 10. *In equis, in leonibus juſtitiam non dicimus*, inquit Cicero *lib.* 1. *de offic.* Plutarchus in Catone Majore ait, Νόμῳ καὶ δικαίῳ πρὸς ἀνθρώπους μόνον χρῆσθαι πεφύκαμεν, & aliàs etiam beatitudo caderet in bruta. Benè igitur D. Grot. 1. *de jur. bell. & pac. c.* 1. *num.* 11. *Propriè juris capax non eſt niſi natura præceptis utens generalibus.* Neque quiſquam philoſophorum, quod ſciam, aut juriſconſultorum, jus aliquod in bruta cadere tradidit, præter unum Ulpianum, ex cujus Inſtitutionibus hæc deſcripſit Tribonianus, ut apparet ex *l.* 1. § 3. *de juſt. & jur.* Quomodò ergo Ulpianum cum cæteris conciliamus? Simpliciſſima eorum ſententia eſt, qui per quamdam αὔξησιν & figuratè hæc à Juriſconſulto dici ſcribunt, propterea quòd quæ hujus juris eſſe dicuntur, ea etiam bruta faciant, idque cum ſimilitudine quadam ſenſus ac deſiderii humani. Unde Ariſtoteles *lib.* 9. *de hiſt. animal. c.* 7. tales brutorum actus appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς, vitæ humanæ imitamenta. Cicero 2. *de finib. virtutum ſimulacra.* Nam ut in brutis apparent ſimulacra quædam rationis, ita etiam juris, ut idem Cicero teſtatur, & pluribus oſtendit Plutarchus in libello, πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα. Platonis quoque doctrina eſt, naturam rem unamquamque perfectiſſimam facere voluiſſe; ac proinde in plantis ſenſus, in brutis rationis, in hominibus divinæ mentis veſtigia expreſſiſſe. Neque aliud ſenſiſſe videri debet Plutarchus in libello cui titulus eſt, τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι, quod alioqui non careret contradictione. Eadem effectu eſt aliorum reſponſio, qui ajunt jus naturale formaliter, id eſt, quoad rationem, nonniſi in hominem cadere: materialiter autem, hoc eſt, quoad appetitum & inſtinctum naturæ, etiam in bruta: nempe, ut hoc explicant *Covarr. in c. peccatum de reg. jur. in* 6. *part.* 2. *rel.* §. 1. *n.* 4. & *Ant. Fab. juriſp. Papin. tit.* 2. *pr.* 1. jus naturale dici, quod circa ea verſatur, quæ bruta ſolo inſtinctu & impetu naturæ faciunt; homines verò etiam cum ratione. Nam cum homo hæc facit, rationem in conſilium adhibet, quam veluti ducem lucemque ſequitur, cùm beſtiæ in iiſdem agendis ſola vi naturæ, & cæco impetu, ſine judicio ac ratione ducantur: ad quem etiam modum diſputat doctiſſimus Salmaſ. *lib. de uſur. c.* 9. eòque pertinet, quod ſcribit Seneca *lib.* 2. *de Ira*, animalibus pro ratione impetum, hominibus pro impetu rationem eſſe.

Maris & fœminæ conjunctio] Huc pertinet, quod in Lelio ſcribit Tullius: *Hoc apparet*, inquit, *in beſtiis, volucribus, agreſtibus, natantibus, cicuribus, feris, primum ut ſe ipſæ diligant; (id enim pariter cum omni animante naſcitur,) deinde ut requirant atque appetant, ad quas ſe applicent, ejuſdem generis animantes; idque faciant cum deſiderio & cum quadam ſimilitudine amoris humani.*

Procreatio, educatio] *Quemadmodum communis eſt animantium conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata ſunt*, ait idem Tullius 1. *de offic.* Juſtinianus in *l. un.* §. *taceat. C. de rei ux. act. Ipſe*, inquit, *naturalis ſtimulus*, id eſt, στοργὴ, *parentes ad liberorum ſuorum educationem hortatur.* Et alibi; *filium vel filiam alere patri neceſſe eſt propter ipſam naturam l. ult.* §. *ipſum C. de bon. quæ lib.* Et verò *hæc inter ſe congruere non poſſent, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret*, ut ſcribit Cic. 3. *de finib.* Referunt huc qui- 2
dam & alituram parentum: ſed malè. Debentur quidem & parentibus alimenta, quod etiam proditum eſt vulgari proverbio ἀντιπελαργεῖν; ſed parentum alimonia non ex eo jure eſt, de quo hic agitur, quod natura cætera quoque animalia docuit, inter quæ genitum gignenti alimenta non præbet: verùm ex alia naturæ lege, quæ humani generis propria eſt, & in propoſita partitione jus gentium dicitur; nimirum ut cauſa

gignena

Digitized by Google

gignens erga genitum efficiatur, ex communi naturæ inſtinctu eſt: ut genitum erga gignentem, à naturali ratione, quæ pietatem & gratitudinem commendat, *fac. l. 2. de juſt. & jur. l. nam & 15. de inoff. teſt. l. 7. §. 1. unde liberi*: ita cape locum Ciceronis in *orat. de reſp. aruſp.* ubi ait, parentibus nos primùm naturam conciliare, quos non alere nefarium ſit. Et Valerii, qui *lib. 5. c. 4.* ſcribit, primùm naturæ legem eſſe, diligere parentes. Quod autem de ciconia narratur, id, ut ſingulare, negligendum eſt. De quæſtione quatenus parentes liberos, aut hi viciſſim illos alere teneantur, & porro an frater fratrem, quæ hinc aliena, conſulantur *Schneid. hic n. 10. & ſeqq. D. Tulden. & Perez. ad tit. C. de alend. liber. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 143. add. D. Grot. 2. de jur. Bell. & Pac. c. 7. n. 4. & ſeqq. Pet. Fab. Sem. 1.* Nullius autem rei ſtu-
3 dium altiùs inſitum eſt à natura omnibus animalibus, quàm ſtudium tuendi ſui adversùs vim illatam. *Hoc enim omni generi animantium à natura ante omnia tributum eſſe* ſcribit M. Tullius *1. de Offic. ut ſe, vitam, corpuſque tueatur, declinetque ea, quæ nocitura eſſe videantur.* Unde liquet fragmentum actoris *l. 3. de juſt. & jur.* temerè à Triboniano ſubjectum eſſe *l. 2. eod.* confuſaque exempla juris naturalis & gentium, contra quàm propoſitum erat: quamquam quidam in defenſione duo extrema ſpectanda ajunt, cultionem & propulſationem injuriæ, quarum illam ad jus naturæ, hanc ad jus gentium referunt. Credo ego Florentinum jus omne finibus humani generis circumſcripſiſſe. Quatenus & quibus conditionibus vim perſonis vel rebus noſtris illatam propulſare permiſſum ſit, ex recepta DD. ſententia tradit *Schneid. hic n. 12. & ſeqq. Gail. 2. obſ. 110. num. 13. & ſeqq. D. Tulden. ad tit. C. ad leg. Corn. de ſicar. num. 5.* Summa huc redit, ut ne vim propulſando ulciſci magis, quàm tueri nos ſtudeamus, deinde ut ne excedamus moderationem inculpatæ tutelæ. Tunc autem non exceſſiſſe intelligimur, cum aliter periculum evitare non potuimus, *l. ſcientiam 45. §. pen. ad leg. Aq. l. 1. C. unde vi. & ibi Don. Add. D. Grot. lib. 2. de jur. bell. cap. 1.* ubi *n. 3.* rectè docet jus defenſionis per ſe ac primariò naſci ex eo, quod natura quemque ſibi commendat, non ex injuſtitia aut peccato alterius, unde periculum eſt: & ideò ſi corpus vi impetatur cum præſente periculo vitæ non aliter evitabili, licitum eſſe inferentem periculum interficere, etiamſi ille peccato careat, puta inſania aut inſomniis agitetur, ut evenisse quibuſdam legibus: neque enim eo tolli jus ſe tuendi non ſufficiat, quod ego non teneor id, quod ille intentat, pati, non magis quàm ſi beſtia aliena periculum intentaret. Sed hæc & ſimilia fortaſſis alibi latiùs. Illud repeto, quod ſu-
4 periùs dixi, ſi quando brutis animantibus juſtitia tribuitur, id fieri impropriè ex quadam in ipſis umbra rationis atque veſtigio, ac propterea pleroſque diſputationem juris naturalis finibus humani generis circumſcribere, *vid. Pet. Fab. 2. ſem. 1. Salmaſ. de uſur. cap. 9. Ioan. Selden. lib. 1. de jur. nat. & gent. juxt. diſc. Ebræor. cap. 4. & 5.* ubi etiam Hebræos laudat, qui & ipſi non ex jure aliquo (quod totum verſari volunt circa licitum atque illicitum) ſed è propenſione atque inclinatione tantùm ajunt animantium cæterorum actus evenire. Sanè diſcrimen quod Ulpianum facit inter jus, quod animantibus cæteris cum homine commune eſt, quod arctiori ſignificatu appellat naturale, & illud, quod hominum proprium eſt, quod ſæpè jus gentium nuncupatur, vix ullum uſum habet: quoniam utrùm actus ipſe, de quo jus naturæ conſtituit, ſit nobis communis cum aliis animantibus, ut prolis educatio, an nobis proprius, ut cultus Dei, ad juris ipſam naturam nihil refert, *§. pen. inſ. eod.*

TEXTUS.

Diſtinctio juris gentium, & civilis, à definitione & etymologia.

1. *Jus autem civile à jure gentium diſtinguitur, quod omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quiſque populus ſibi jus conſtituit, id ipſius proprium civitatis eſt; vocaturque jus civile, quaſi jus proprium ipſius civitatis. Quod verò naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, id apud omnes gentes peræquè cuſtoditur; vocaturque jus gentium, quaſi quo jure omnes gentes utantur. Et populus itaque Romanus partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ ſingula qualia ſint, ſuis locis propo[n]emus.*

NOTÆ.

1. *Quiſque populus*] Ex *l. 9. de juſt. jur.* populus ſcil. alieno imperio non ſubjectus, aliàs juris condendi poteſtatem non habet, niſi quatenus ille, cui paret, conceſſit, *l. 9. D. de leg. Rhod.*

Vocaturque jus civile] Nempe in ſpecie, quod à ſe civitas conſtituit: qualia multa in duodecim tabulis. Nam jus civile ſumptum pro univerſo jure civitatis, etiam jus naturale & gentium complectitur, quo ſenſu Ariſtotel. *5. Ethic. 7.* dividit jus πολιτικὸν in φυσικὸν & νομικόν.

Naturalis ratio] Jus gentium non ex inſtitutis populorum æſtimandum eſt, ſed ex eo, quod juſtum eſt, ipſa naturalis dictat ratio, id eſt, inſita animis hominum notitia honeſti & turpis, juſti & injuſti. V. G. inceſta, adulteria,

ria,

Digitized by Google

ria, furta, natura turpia & illicita ſunt; etiamſi gentes repertæ, in quibus hæc permiſſa aut non punita. *Gell. 11. noct. Attic. 18. Alex. ab Alex. 1. Gen. dier. 24. Plato 1. de legib. Cic. 1. de legib.*

Apud omnes populos]. Aut certè moratiores: nam quid naturale ſit, ſpectandum in his, qui bene ſecundùm naturam ſe habent, non in depravatis teſte Ariſt. 1. *Polit.* 5. Videtur autem hic tantùm definiri ſpecies juris gentium excellentiū excellentior, quæ vulgò jus gentium primævum.

COMMENTARIUS.

1 *Populum alterius imperio ſubjectum leges condere non poſſe: & quatenus ſtatuta.*
2 *Diviſio juris civilis in merum & mixtum explicata & illuſtrata exemplis.*
3 *Ius gentium quod hic definitur, & ipſum revera naturale eſſe.*
4 *Vulgaris diſtinctio juris gentium in primævum & ſecundarium defenſa & explicata.*

QVod quiſque populus] Suis ſcilicet legibus
1 & moribus vivens: nam ſi quæ civitas alterius imperio ſubjecta eſt; ea non plus juris habet in jure conſtituendo, quàm ille, cujus imperio ſubjecta eſt, conceſſit, *l. ἀξίωσις, de leg. Rhod.* Hinc eſt, quòd municipia meliore hac in re conditione erant, quàm coloniæ: quia municipiis conceſſum erat, ut ſuis legibus & moribus uti poſſent; coloniæ autem jura inſtitutaque omnia populi Rom. non ſui arbitrii habebant. *Gel. l. 16. cap. 13.* Cæterum ſtatutorum condendorum quemlibet magiſtratum in ſuo territorio jus habere tradunt *DD. in l. omnes populi, hoc tit.* unde hic locus deſcriptus eſt: quæ tamen ſtatuta non aliter valeant, quàm ſi non derogent juri communi: & ut valeant, ſciendum tamen eſt, non valere jure legis; ſed ſalvum ſemper manere jus ſuperioris, ut pro auctoritate ſua ea abrogare poſſit, *l. 3. §. Divus 5. de ſepulc. viol.* Uſu quoque ſervari tradit *Scheneid. in §. conſtat. inſ. eod.* ut ſtatutorum confirmatio à ſuperiore petatur; quod & juri conſentaneum cum Hieronym. de Cævallos cenſet D. Chriſtin. *volum. 2. deciſ. 55. num. 5.* quamvis id neceſſarium non eſſe plerique tradiderunt. Apud nos ſanè magiſtratus inferiores jus ſtatuta condendi non habent, niſi quatenus id à Principe, aut qui vicem ejus gerit, impetrarunt: alioqui neceſſaria eſt ſuperioris approbatio. *D. Merul. lib. 1. tit. 4. cap. 5. D. Grot. 1. manud. cap. 1.* De ſtatutis, præter alios, videri poſſunt *D. Nic. Burgund. ad conſuet. Fland. tract. 1. Chriſtin. vol. 2. dec. 2. 3. 4. 5. 54. 56. 57. & 59.*

Vocaturque jus civile] In ſpecie nimirum: nam jus civile ſumptum pro eo jure, quo in univerſum civitas utitur, etiam jus naturale & gentium, quatenus receptum eſt, comprehendit: eoque ſenſu obligationes, quæ ex contractibus juris gentium deſcendunt, dicuntur civiles; licèt à legiſlatore civili nihil habeant, præter approbationem, *§. 1. inſ. de oblig.* Hoc igitur jus dicitur civile à cauſa efficiente, quæ eſt voluntas alicujus civitatis, aut ejus, qui jus legis ferendæ in ea habet, non communis gentium aut naturalis ratio. Ab Ariſtotele legitimum dicitur: vulgò poſiti-
vum. Poteſt verò hoc jus amplioris doctrinæ 2
gratia ſic diſtingui, ut aliud dicatur merum & ſimpliciter civile, quò pertinent leges omnes, quæ ideo tantùm juſtæ ſunt & obligant, quia à civili poteſtate ſancitæ; cujuſmodi ſunt jura adoptionum, uſucapionum, donationum inter conjuges, ſenatuſconſulta Macedonianum, Vellejanum, Trebellianum, leges Ælia Sentia, Junia Norbana, Fuſia Caninia, Voconia, Furia, Falcidia, & in multis capitibus lex duodecim tabularum: aliud *κατά τι*, quod mixtum rectè dixeris, cum ſcilicet juri communi lex civilis aliquid addit aut detrahit, aut quod illo jure indeterminatum eſt, determinat: quo ſenſu, matrimonia, patria poteſtas, tutelæ, teſtamenta, ſucceſſiones, actiones & id genus alia, juris civilis eſſe dicuntur; nempe quia certa & propria quadam forma à jure civili donata ſunt, atque ita determinata, ut certus eorum uſus ſit, atque eorum cives tantùm, excluſis ab eorum communione extraneis & peregrinis. Atque de hoc jure civile mixto accipiendum eſt, quod ſcribit Ulpianus *l. 6. de juſt. & jur. cum additur aliquid aut detrahitur juri communi, jus civile effici:* alioqui omnia ferè, quæ conſtituta ſunt, juris merè civilis & poſitivi dicenda forent. Illud in univerſum verum eſt, juris civilis nomen non mereri, quod directò pugnat cum ratione juris naturæ, *d. l. in pr.*

Naturalis ratio] Ait Imperator jus gentium eſſe, *quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit.* Unde ſequitur, jus hoc non ex legibus aut inſtitutis populorum æſtimandum eſſe; ſed ex eo quod juſtum eſſe dictat ipſa ratio naturalis, id eſt inſita animis hominum notitia de honeſto & turpi, juſto & injuſto.
Quam ob cauſam & ipſum quoque jus natu- 3
ræ paſſim appellatur, & æquum & bonum, & naturalis æquitas, & natura. Id quod notandum eſt adversùs eos, qui negant quicquam natura juſtum eſſe, ſed tantùm lege & conſuetudine: contra quos diſputat *Cic. 1. de legib. & Ariſt. 5. Eth. 7. add. Platon. 1. de legib. Laert. in Pyrrh. & Ariſtip.* Exempli gratia; dictat naturalis ratio, delicta, puta furta, adulteria, natura turpia eſſe & punienda, *l. probrum 42. de verb. ſign. l. 1. §. 3. de furt.* Reperti tamen ſunt, apud quos hæc flagitia permiſſa atque impunita fuerunt, *vid. Gell. lib. 11. c. 18. Arnob. adv. gent. lib. 8. Alex. ab Alex lib. 1. c. 24. Alber. Gentil. 5. de nupt. c. 7.* Jure gentium inceſtum committit, teſte Paulo in *l. ult. de rit. nupt.* qui ex gradu aſcendentium aut deſcen-

den-

Digitized by Google

dentium uxorem ducit: quod etiam ſaniores omnes philoſophi agnoſcunt: nihilominùs, ut Ovidius lib. 10. Metam.

Gentes tamen eſſe feruntur.
In quibus & nato genitrix & nata parenti
Iungitur.

Harum, inquam, gentium barbari mores & pravum judicium efficere non poſſunt, ut id quod natura juſtum aut injuſtum, turpe aut honeſtum eſt, tale eſſe definat: quomodò & Socrates diſputat apud Xenoph. *lib. 4. memorab.*

Omnes Gentes] Aut certè moratiores; nam naturale rectè dicitur, interprete Michaele Epheſio ad Nicomachia, *quod apud pleroſque non corruptos aut pravos, ſed naturæ convenienter ſe habentes, obtinet*. Et Ariſt. 1. *polit. 5.* quid naturale ſit, ſpectandum ait in his, *quæ benè ſecundùm naturam ſe habent, non in depravatis*. Bellè Salmaſ. *de uſur. pag. 243. & ſeq.* Videtur autem Imperator hic tantùm definire voluiſſe ſpeciem juris gentium excellentiorem, nempe jus gentium primævum, ut id DD. appellant; neque enim hæc definitio æquè accommodari poteſt juri gentium ſecundario, quod in §. *ſeq. verſ. nam uſu.* ita deſcribitur, ut reſpectu juris primævi quodammodò poſitivum dici poſſit: quanquam cum etiam ſecundarium naturali ratione ἐξ ὑποθέσεως nitatur, neque id apertè conſtitutum, aut ſanctione aliqua introductum ſit, ſed tacita tantùm, communi tamen conſenſione gentium receptum, naturale quodammodò eſt, & à poſitivo ſecerni poteſt. Atque hoc etiam puto ſentire Ariſtotelem *d. l. 1. c. 4.* ubi ait eſſe quoddam jus gentium καθ' ὁμολογίαν. Ut autem paucis expliceem, qua ratione Doctorum illa juris
4 gentium diſtinctio in primævum & ſecundarium
nitatur, quod hîc locus quodammodò flagitat. Nata eſt ea diſtinctio ex duplici conſideratione rationis, ſeu potius intellectus judicantis. Ut enim ratio, ſicut phyſici docent, vel ſimplex eſt & pura, quæ ſine diſcurſu judicat, & Græcis νοῦς ſive νόησις dicitur: vel compoſita & comparata, quæ per diſcurſum munus ſuum exequitur, ex collatione diverſarum rerum aliquid colligens, Græcis διάνοια & λογισμὸς ita & duplex eſt jus Gentium: unum quod à ſimplici illa ratione fluit ſeu intellectu νοητικῶς, cujus juris ſunt cultus Dei, reverentia parentum, neminem lædere, ſuum cuique tribuere, ab alieno manus abſtinere, aliaque ejuſcemodi principia practica, quibus ultro ſine argumentatione aut demonſtratione aſſentimur, & juſta eſſe ſine agitatione mentis intelligimus: alterum quod à compoſita, ſeu intellectu διανοητικῶς, quod diſcurſum & ratiocinationem habet, atque ex cauſà demum aliqua aut hypotheſi & comparatione alterius rei juſtum eſſe intelligitur: cujus generis ſunt ea omnia, quæ ad vitæ communis commoda conjungendaſque inter ſe reſpublicas & gentes à viris ſapientibus excogitata in uſum omnium gentium aut plerarumque pervenerunt. Exempla habemus in §. *ſeq. verſ. nam uſu.* & elegans in *l. 1. ff. de contr. empt.* Quod jus à ſimplici illo intellectu eſt, primævum D. appellarunt; quod à compoſito, ſecundarium; primum immutabile, ſecundum mutabile.

TEXTUS.

Ab appellatione & effectu.

2. *Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Athenienſium. Nam ſi quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Athenienſium, non erraverit. Sic enim & jus, quo Romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritum, quo Quirites utuntur. Romani enim à Romulo, Quirites à Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen, cujus ſit civitatis, noſtrum jus ſignificamus; ſicuti quum poetam dicimus, nec addimus nomen, ſubauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune eſt. Nam uſu exigente, & humanis neceſſitatibus, gentes humanæ jura quædam ſibi conſtituerint. Bella etenim orta ſunt, & captivitates ſecutæ, & ſervitutes, quæ ſunt naturali juri contrariæ. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi naſcebantur. Et ex hoc jure gentium omnes penè contractus introducti ſunt, ut emptio & venditio, locatio & conductio, ſocietas, depoſitum, mutuum, & alii innumerabiles.*

NOTÆ.

2. *Solonis vel Draconis*] Prior Draco leges Athenienſibus dedit, in quibus nihil memorabile præter pœnarum acerbitatem. Unde Demadis illud laudatur, ὅτι δι' αἵματος, οὐ διὰ μέλανος τοὺς νόμους ὁ Δράκων ἔγραψε, Draconis leges non atramento, ſed ſanguine ſcriptas fuiſſe. Plutarch. *in Solon.* Solon deinde alias ſcripſit; quibus Athenienſes feliciſſimè ſunt uſi. vid. Gell. *lib. 11. c. 18.*

Quirites à Quirino] Plerique tradunt, pace facta inter Sabinos & Romanos placuiſſe, ut Romani etiam Quirites à Curibus Tatii Sabinorum regis patria vocarentur. *Varr. 4. de ling. Dion. Halic. 2. Plutarch. in Romul. Ovid. 2. Faſtor.* In aliis eſt, *Romani enim à Quirino Quirites appellantur.* Hotom. Cujac. Vveſ.

Ius noſtrum] Κατ' ἐξοχήν. De Romani juris excellentia diſſerit M. Tullius in perſona Craſſi *l. 1. de orat.*

Vſu exigente] Hujus igitur ex parte cauſa eſt uſus & indigentia. Ariſtot. 1. *polit.* Unde

Dio

Dio Chryſoſt. *orat.* 76. hoc jus appellat εὕρημα βίου καὶ χρόνου, *inventum uſus & temporis*. Exemplo poteſt eſſe inventio nummi, cui cauſam præbuit difficultas permutationum, *l.* 1. *D. de cont. empt.*

Neceſſitatibus humanis] Hic locus confirmat receptam juris gentium diſtinctionem in primævum & ſecundarium. Illud enim de quo §. 1. non eſt excogitatum aut inventum uſu exigente, ſed nobiſcum natum: qualia ſunt, Deum colere, parentes revereri, neminem lædere, &c.

Naturali Iuri contrariæ] Ex hypotheſi tamen & hæc naturalem rationem habent, puta ſi vim nobis illatam armis repellamus.

Omnes penè contractus] Τὸ *penè* additum eſt δι' ἀκρίβειαν φιλοσόφων. Sunt enim quidam jure civili introducti, *l.* 5. *D. de juſt. & jur.* veluti ſtipulatio, obligatio litterarum, donatio propter nuptias.

COMMENTARIUS.

1 *Ius Romanum quaſi gentium quoddam jus apud omnes coli.*
2 *Confirmatio diſtinctionis juris gentium in primævum & ſecundarium.*
3 *Etiam inter ea, quæ juris ſecundarii, diſtinctione opus videri.*
4 *Bella & belli effecta quo adſpectu juri naturali contraria.*

EX *unaquaque civitate*] Jus civile non retinet unum idemque nomen; ſed à nomine ejus civitatis appellatur, quæ id conſtituit: ut in hoc quoque diſcrepet à jure gentium.

Solonis vel Draconis] Prior Draco leges Athenienſibus dedit, in quibus Ariſtot. 2. *Pol.* 10. ſcribit nihil memorabile præter pœnarum acerbitatem fuiſſe. Pœna namque capitis fraudes propè omnes multabat. Unde Demadis illud laudatur; ὅτι δι' αἵματος, οὐ διὰ μέλανος τοὺς νόμους ὁ Δράκων ἔγραψε, *Draconis leges non atramento, ſed ſanguine ſcriptas fuiſſe. Plutarch. in Solone.* Solon deinde magna earum parte abrogata alias deſcripſit, quibus Athenienſes feliciſſimè ſunt uſi; vid. *Aul. Gell. lib.* 11. *c.* 18.

A Quirino Quirites] Plerique tradunt, pace facta inter Sabinos & Romanos placuiſſe, ut Romani etiam Quirites à Curibus Tatii Sabinorum regis patria vocarentur. *Varr.* 4. *de ling. Dionyſ. Halicarn. lib.* 2. *Plutarch. in Romul.* Cur Romulus dictus ſit Quirinus, triplicem cauſam affert *Ovid.* 2. *Faſtor.*

Noſtrum jus] Κατ' ἐξοχήν. De Romani ju-
1 ris excellentia diſſerit M. Tullius in perſona Craſſi *lib.* 1. *de orat.* Hodie jus civile Romanorum quaſi gentium quoddam jus commune apud totam ferè Europam obſervatur, utique in quibus cauſis propriæ leges aut conſuetudines deficiunt.

Sed & ad hujus juris normam dirigitur interpretatio quarumcumque conſtitutionum ac conſuetudinum, quæ illi manifeſtè non repugnant: at tametſi repugnent, tamen in ambigua facti ſpecie ejuſdem æquitatis mitigantur, & ita coercentur, ut commune hoc jus quàm minimum lædant, de quo doctè & acutè *D. Diod. Tulden. in comm. hic cap.* 3. planè *D. And. Gail.* 2. *obſ.* 33.

Vſu exigente] Hic locus confirmat receptam 2
juris gentium diſtinctionem in primarium & ſecundarium; quamquam vitio non caret, quòd Tribonianus non apertiùs diſtinctionem proponit. Primarium enim non ab hominibus excogitatum aut introductum eſt, ſed nobis ingenitum, quemadmodum & notitiæ illæ ſimplices, unde illud promanat, mentibus noſtris divinitus inſitæ, & in cordibus noſtris inſculptæ ſunt, etiam Apoſtolo teſte c. 2.

Roman. Secundarium, aut (quod Grotio 1. *de Iur. Bell. cap.* 2. *num.* 4. eſt voluntarium) ab hominibus inventum eſt & mentis quadam agitatione, comparatis inter ſe aliis atque aliis rebus, excogitatum ad communem vitæ uſum retinendamque gentium inter ſe ſocietatem: ut hujus juris ex parte cauſa ſit uſus & indigentia, teſte Ariſtot. 1. *polit.* Quamobrem rectè Dio Chryſoſtomus *orat.* 76. hoc jus ait eſſe εὕρημα βίου καὶ χρόνου, *inventum temporis & uſus*; & hinc Dioni Pruſæenſi ἀναγκαῖα νόμιμα appellatur, multumque ad probationem hujus juris utimur auctoritate illuſtrium Hiſtoricorum. Hoc igitur jus non tam rationis luce exortum, quàm ratiocinationis ductu collectum eſt, & uſu exigente accommodatum non tam naturæ integræ bonitati, quàm corruptæ neceſſitatibus: conjungitque reſpub. & gentes inter ſe, quarum tacito quaſi fœdere & conſpiratione cenſetur.

Gentes humanæ] Non quòd legis ſanciendæ cauſa gentes omnes in unum convenerint: ſed quia illud jus propter communem utilitatem tacito conſenſu gentium approbatum & ab omnibus receptum eſt.

Bella orta ſunt] Etiam inter ea, quæ ſunt 3
juris gentium ſecundarii, aliqua diſtinctio facienda videtur. Nam initio ſimulatque ſocietates humanæ conſtitutæ ſunt, ſimul neceſſe fuit dominia diſtinguere, jura commerciorum introducere: bella autem poſtea orta ſunt, utpotè quæ malitia hominum & habendi libido introduxit, & conſequenter etiam bellorum jura. Scitè Portius §. *præc. n.* 3. *Bella*, inquit, *ſunt ex jure gentium non diſpoſitivè, ſed occaſionaliter, diſtinctis dominiis.*

Iuri naturali contrariæ] Bella, & hinc ſecutæ captivitates & ſervitutes, ſi per ſe ſpectentur, à ratione naturali prorsùs aliena ſunt: neque enim, quod utilitas omnium gentium exigit, ſocietatem humanam bella tuentur, ſed oppugnant atque evertunt. Ex hypotheſi tamen & hæc rationem naturalem habent. Ete- 4
nim ſi vim & injuriam nobis aut ſociis noſtris illatam vi & armis defendamus, aut etiam vin-

dice-

dicemus, captos hoſtes etiam in ſervitutem noſtram redigamus, ut metu talis pœnæ improbi ab injuria in poſterum abſtineant, nemo, opinor eſt, qui negabit hoc ſumma cum ratione fieri; de quo iterum & latiùs titul. ſeq.

Omnes penè contractus] *Tò penè* additum *δι' εὐλάβειαν σφαλμάτων*, & eſt temperamentum Juriſconſultis familiare, qui paſſim hujuſmodi particulari adjectione ſibi cavere ſolent, quando quid generaliter enuntiant aut definiunt; propterea quòd in jure generalis definitio plerumque periculoſa eſt, *l. omnis definitio. de reg. jur.* quod & Juſtinianus hic facit, reſpiciens haud dubiè ad *l. 5. de juſt. & jur.* ubi Hermogenianus ſcribit, quoſdam contractus à jure civili introductos eſſe; quinam autem iſti ſint, non definit. Vulgò quidem putant eſſe hos quatuor, ſtipulationem, obligationem litterarum, contractum emphyteuticum, & ſponſalitiam largitatem: ſed quàm rectè, ſuis locis videbimus. Illud interim hic affirmare auſim, nullam obligationem dici poſſe ſimpliciter & abſolutè eſſe juris civilis; ſed *κατά τι* dumtaxat, quatenus nimirum non niſi ſub certo modo & forma ex conſenſu obligatio jure civili producitur.

Emptio & venditio, *&c.*] Hæc certa auctoritate juris auctorum probantur: quamvis in quæſtionibus, ubi rei veritas exquiritur (qualis hæc eſt, an aliquid ſit juris gentium nec ne) non tam auctores, quam rationum momenta in diſputando quærenda ſunt, ut ſcribit Cicero *1. de natur. Deor.* & poſita hæc ſunt extra poteſtatem legiſlatoris.

Textus.

Diviſio Juris in ſcriptum, & non ſcriptum, & ſubdiviſio Juris ſcripti.

3. *Conſtat autem jus noſtrum, quo utimur, aut ſcripto, aut ſine ſcripto: ut apud Græcos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem jus eſt lex, plebiſcitum, ſenatuſconſultum, principum placita, magiſtratuum edicta, reſponſa prudentum.*

Notæ.

3. *Quo utimur*] Adeſt *l. 6. §. 1. D. de juſt. & jur.* unde hæc ſumpta, nec Cujac. Vveſemb. agnoſcunt.

Scripto aut ſine ſcripto] Diſtributio juris civilis à forma & modo conſtituendi ex *d. l. 6. §. 1.* alterum enim expreſsè ſancitur & ſcripto promulgatur, alterum tacito conſenſu utentium introducitur, *l. 32. pr. D. de legib.*

Apud Græcos] Plat. *lib. 7. de legib.* & apud Laert. Ariſt. *1. Rethor.* qui & *3. Ethic.* meminit legum *κατὰ τὰ γράμματα*, & *κατὰ τὰ ἔθη*.

Scriptum] Subdiviſio juris in ſex ſpecies. Papinianus *l. 7. D. de juſt. & jur.* quinque tantùm enumerat: ſed ille arctiùs jus civile accipit, eique prætorium, ut ſpeciem diverſam, opponit. Mox tamen Marcianus jus honorarium vivam appellat vocem juris civilis, *l. 8. Dig. eod.*

Commentarius.

1. *Scripturam non pertinere ad legis eſſentiam.*
2. *A quo tempore lex obligare incipit.*

Jus ſcriptum in diviſione propoſita non opponitur omni juri non ſcripto: nam & jus naturale ac gentium eſt *ἀγράφοντι*; ſed tantùm ei juri, quod moribus & longa conſuetudine introductum eſt: eodem enim ſenſu jus dividitur in legem & conſuetudinem, legis voce latiùs accepta pro quavis parte juris ſcripti. Deſumptus hic locus eſt ex *l. 6. §. 1. & l. ſeq. de juſt. & jur.*

Scripto aut ſine ſcripto] Diſtributio juris civilis ex accidenti & cauſa inſtrumentali. Nam 1
formalis differentia legis ſive ejus juris, quod opponitur juri non ſcripto aut conſuetudini, non eſt ſcriptura, ſed expreſſa voluntas & ſanctio civilis poteſtatis: ſicut è contrario conſuetudo aut jus non ſcriptum formam & eſſentiam ſuam habet à tacita voluntate & conſenſu utentis populi, *§. ſine ſcripto, inf. eod. l. de quibus. 32. de legib.* Hujus rei evidentiſſimum argumentum eſt, quòd nec conſuetudo in ſcripturam redacta lex ſit, nec lex non ſcripta conſuetudo. Lacedæmonii ſcriptis legibus uſi non ſunt, legibus tamen uſi ſunt, atque una *τῶν καλουμένων ῥητρῶν* hæc erat, *μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις*, *ſcriptis legibus non uti. Plutarch. in Lycurg.* Atque ut è Romana republica exemplum petamus, numquid lex erat, eum rogante Magiſtratu, *velitis, jubeatis Quirites*, *&c.* populus in tabellis reſpondiſſet, *uti rogas*? Quod autem rei jam in eſſe ſuo conſtitutæ ex accidenti ſupervenit, id de illius rei eſſentia non eſt. At enim, inquies, ſine quo lex non obligat, id utique eſt ei eſſentiale: ſine ſcriptura autem non obligat, cùm ſine ea in notitiam populi pervenire non poſſit. *arg. l. leges ſacratiſſimæ. C. de legib.* Ut de propoſitione nihil in præſentia dicam, falſam eſſe aſſumptionem evincit, tum exemplum prolatum, tum leges, quas diximus Lacedæmoniorum. Ratio quoque aſſumptionis falſa eſt. Quid enim? an non voce præconis quoque lex promulgari poteſt? & proinde certum eſt in *l. humanum. Cod. de legib.* faciliorem tantùm promulgandi rationem proponi. Cur igitur legem appellamus jus ſcriptum? Quia nimirum poſtquàm lata eſſet, 2
ſcribi ſolebat & ſcripto promulgari, aut in tabulis inciſa publicè proponi, quo & cognoſceretur faciliùs, & minore negotio probaretur. Moris quoque erat apud Romanos, ut qui le-

Vinnius in Inſtitut. B gem

gem ferre vellet, eam trinundino promulgaret, id eſt, de ſua lege ad populum diceret, eamque ſcriptam publicè propoſitam haberet, quo poteſtas fieret populo cognoſcendi otiosè, & ut inde liceret librariis deſcribere, ſi qui vellent legem apud ſe habere, ut liquet ex 2. Agraria. Planè ſi non alio modo promulgandi civitas utatur, quàm per ſcripturam, poteſt dici ſcripturam ad vim legis neceſſariam eſſe: neque enim ante lex vlx vi ſua conſtat, civeſque ad obſervationem vel pœnam obligat, quàm populo innoteſcere potuerit, quod ſine promulgatione ſive publicatione al qua fieri non poteſt, *l. 7. cum 2. ſeqq. C. de legib. Perez ad Cod. de legib. n. 18.* An igitur lex ſtatim, ut publicata eſt, obligat? Maximè: eoque jure utimur, extra quam ſi certum tempus nominatim lege comprehenſum ſit, ex quo vim capiat, ut fit interdum, *Nov. 57. in fin. Nov. 116. cap. 1.* Extat ſanè conſtitutio quædam ἐν τῷ νεαρῷν, quæ indulget ſpatium duorum menſium à die publicationis, obſervandum in omnibus novis legibus, *Nov. 66. cap. 1.* Verùm ea conſtitutio rectè ſic à pleriſque accepta eſt, ut proſit hoc ſpatium ad allegationem ignorantiæ, atque hæc interim præſumatur, non quin lex promulgata citiùs obſtringat eum, in cujus notitiam ante pervenit. Quòd ſi quis poſt lapſum ipſius temporis ignorantiam alleget, eſſe quidem adhuc audiendum, ſed hac conditione, ut cauſam ignorantiæ, quam allegat, probet, per *l. ult. de decr. ab ord. fac. Gudelin 5. de jur. nov. c. 2. add. Chriſt. vol. 2. deciſ. 52. num. 2. & ſeqq.*

Scriptum autem jus] Subdiviſio juris ſcripti, qui quidem ad juris præſentis auctoritatem non multum pertinet: omnia enim, quæ in libris noſtris continentur, auctoritate Juſtiniani nituntur, *l. 1. & 2. C. de vet. jur. enucl.* Sed quoniam hæc confirmavit Juſtinianus, quia in veteri jure erant; ideò & hic & τὰ extare voluit teſtimonia ex jure priorum temporum, ut juris conſtituti hiſtoria intelligeretur.

TEXTUS.

De lege & plebiſcito.

4. *Lex eſt, quod populus Romanus ſenatorio magiſtratu interrogante (veluti conſule) conſtituebat. Plebiſcitum eſt, quod plebs plebejo magiſtratu (veluti tribuno) conſtituebat. Plebs autem a populo eo differt, quo ſpecies à genere; nam appellatione populi univerſi cives ſignificantur, annumeratis etiam patriciis & ſenatoribus. Plebis autem appellatione ſine patriciis & ſenatoribus cæteri cives ſignificantur. Sed & plebiſcita lege Hortenſia lata non minùs valere, quàm leges cœperunt.*

NOTÆ

4. *Lex eſt*] Legis nomen hîc ſtrictiſſimè accipitur, aliàs jus omne ſcriptum ſignificat, opponiturque conſuetudini, ut paſſim in libris noſtris, & apud Cic. 1. *de legib.* ſæpè etiam non minùs latè extenditur, quàm vocabulum juris, ut & νόμος apud Græcos.

Interrogante] Mallem *rogante*, ut quidam. Rogabat Magiſtratus populum his verbis, *Velitis, jubeatis Quirites*, &c. Populus reſpondebat in tabella vel A. id eſt, *Antiquo*, vel V.R. id eſt, *Uti rogas*.

Veluti conſule] Item dictatore & prætore, non etiam cenſore. Addit Hotomannus & interregem; ſed perperam. Nam interregibus comitia habere ferendis legibus non licuit, ut patet ex 3. in *Rullum.* vid. Nic. Gruch. 1. *de comit. Rem. 3.*

Plebiſcitum] Ἀπὸ τοῦ ſchiſcere, ἢ ψηφίζεσθαι, quod eſt decernere & conſtituere, non ἀπὸ τοῦ ſcire. Fabrot.

Veluti tribuno] Alium magiſtratum plebejum rogationem ad plebem tuliſſe nemo prodidit.

Quo ſpecies à genere] Rectiùs dixiſſet, *quo pars à toto*. Populus enim eſt συνόλον, quod ex partibus ſuis plebe & patriciis conſtat. Interdum tamen populum pro plebe dixerunt. Gloſſ. gr. lat. δῆμος, populus, vulgus.

Lege Hortenſia] Primùm lege Horatia ſeceſſione in Aventinum: deinde lege Hortenſia, ſeceſſione in Janiculum. Cujacius ex Liv. & Plin. ad Gell. 15. cap. 27.

COMMENTARIUS.

1. *Legis varia ſignificata.*
2. *Non omnibus magiſtratibus ſenatoriis legibus ferendis comitia habendi jus fuiſſe.*
3. *Patricios genere ſemper, non ordine à plebejis diſtinctos.*

SEquitur ſingularum juris ſcripti partium explicatio; cui nos lumen aliquod ex antiquitatis memoria afferemus, cujus ignoratio craſſos errores peperit.

Lex eſt] Legem à *legendo* dictam, ſcribit Cicero *lib. 1. de legib.* quoniam in lege ineſt vis 1
delectus: jubet enim quæ honeſta ſunt, prohibetque contraria. Unde vocabulum legis non minùs latè patet, quàm juris: tam enim dicimus, lege naturæ quid conceſſum aut vetitum eſſe, quàm jure, ut apud Ciceronem paſſim: frequentiſſimè autem legem appellamus, quæ ſcripto ſancit, quod vult; eaque popularis eſt hujus vocis ſignificatio, teſte eodem Cicerone *d. l. 1. de legib.* Neque tamen omnis ſcripta ſanctio arcto ſignificatu lex eſt, ſed ea tantùm, qua univerſus populus obſtringitur: nec alia de cauſa plebiſcita initio leges dictæ non ſunt, quàm quòd partem tantùm civium obligabant.

At

At poſt legem Hortenſiam plebiſcita non minùs propriè leges appellata, quàm quæ populus centuriatim juſſiſſet,

2 *Senatorio Magiſtratu*] Rex ferebatur comitiis centuriatis à magiſtratibus, penes quos erant majora reipublicæ auſpicia, puta à conſule, dictatore, vel prætore, non autem ab omnibus magiſtratibus, ſenatoriis aut curulibus; non à cenſore, interrege, aut ædilibus curulibus. Interreges quidem magiſtratibus creandis centuriata comitia habere poterant: ſed legibus ferendis habere iis non licuit, ut apparet ex 3. *in Rullum*, nimirum quia in interregno nihil priùs cum populo agi licebat, quàm ſubrogati eſſent ordinarii magiſtratus. Sed neque cenſores centuriatis comitiis legem tuliſſe uſquam legimus: cumque leges cenſorias apud auctores reperimus, pro cenſorum ſubſcriptionibus, ut Cicero *pro Cluentio* appellat, aut locationibus cenſoribus factis, ut 7. *in Verrem*, accipi debent. Populi tamen vocandi jus habuiſſe, ex iis, quæ de luſtri condendi ratione Livius commemorat, oſtendi poteſt. Poſtremò nec ædiles curules ulla comitia habuiſſe uſquam invenias, qui nec aliàs jus agendi cum populo habuerunt, præterquàm in multæ certatione; de quo vide *Nic. Gruch. lib. 2. de comitiis Rom. c. 3. & lib. 2. c. 3.*

Interrogante] Rogabat magiſtratus his verbis; *Velitis, jubeatis Quirites*, &c. Populus, reſpondebat in tabella vel per litteram A, id eſt, *Antiquo*; vel per *V. R.* id eſt, *Uti rogas*, quod ex antiquorum pleriſque locis intelligitur, *vid. Agell. lib:* 10. *c.* 20.

Veluti Tribuno] Tribuni & ædiles plebeji proprii plebis magiſtratus erant: ſed ædiles rogationes ad plebem tuliſſe nemo prodidit. Plebiſcita comitiis tributis, leges centuriatis aut curiatis ferebantur: qua de re antiquitatis ſtudioſi conſulant Car. Sigonium, & Nic. Gruchium, qui ex profeſſo de comitiis Romanorum, & quæ res, quibus comitiis tractari ſolitæ, ſcripſerunt; quædam & nos notavimus ſub §. 1. *inf. de teſtam. ord.*

Quo ſpecies à genere] Rectiùs dixiſſet, quo pars à toto. Eſt quidem & genus quoddam totum, ſed univerſale, & ſpecies pars generi ſubjecta; ſed tale totum non eſt populus, ſed ὁλόκληρον, quod ex partibus ſuis, plebe & patriciis conſtituitur.

3 *Sine patriciis & ſenatoribus*] Hæc ad rationem priorum temporum proponi videntur, quibus honores & dignitates omnes ſoli patricii ſibi vindicabant. Nam ex quo etiam plebi aditus ad magiſtratus populi, & in ſenatum eſſe cœpit, ſenatores plebejis opponi deſierunt. Sanè patricii gente ſive genere à plebejis ſemper diſtincti fuerunt. Dico genere: nam quod ad ordinum pro cenſu cujuſque diſtinctionem attinet, certum eſt multos è patriciis familiis, puta qui equeſtrem aut ſenatorium cenſum non habebant, in ordine plebejo, & contra plurimos ex plebejis gentibus in ordine equeſtri aut ſenatorio fuiſſe. Quin olim etiam antequàm ex cenſu maximo ſenatores eſſe cœperunt, quod poſtremis temporibus factum eſſe ſcribit Plinius in *proœm. lib.* 14. ipſi ſenatores, qui minimi cenſus erant, inter pedites numerabantur, & ſuffragium ſi ferre vellent, in quinta claſſe ſuffragium dicere debebant, vid *Gruch. lib. de comit. Rom. cap.* 4.

Lege Hortenſia] Tribunitiis rogationibus initio pars tantùm civium, non omnes adſtringebantur. Primi L. Valerius & M. Horatius conſules, cùm velut in controverſo jure eſſet, tenerenturne patres plebiſcitis, legem centuriatis comitiis tulerunt, ut quod tributim plebs juſſiſſet, populum teneret. Id factum anno ab urbe condita 304. ſeceſſione ſecunda in Aventinum, *Liv. lib.* 3. Idem poſtea confirmatum lege Hortenſia lata à Q. Hortenſio dictatore ſeceſſione tertia in Janiculum, anno ab V. C. 367. Et iterum à Dictatore Q. Publio anno ab V. C. 413. vid. *Liv. lib. 8. Flor. in epit.* 11. *Gell. lib.* 15. *c.* 7.

Non minùs valere quàm leges] *Ita factum eſt*, ait Pomponius *l. 2. §. de inde. 8. d. orig. jur. ut inter legem & plebiſcitum ſpecies intereſſet conſtituendi: poteſtas autem eadem eſſet*. In ſumma ut plebiſcita etiam leges revera & eſſent & appellarentur.

Textus.

De Senatuſconſulto.

5. *Senatuſconſultum eſt, quod ſenatus jubet atque conſtituit. Nam cùm auctus eſſet populus Romanus in eum modum, ut difficile eſſet in unum eum convocari legis ſanciendæ cauſa, æquum viſum eſt, ſenatum vice populi conſuli.*

Notæ.

5. *Auctus eſſet populus*] Ita & in *l. 2. §. de inde. 9. D. de orig. jur.* An autem hæc cauſa fuerit, an potiùs ambitio & aſtutia Cæſarum, melius ex Tacit. 1. *annal.* & Sueton. *in Tiber.* diſces. Quibus modis ſenatuſconſultum fieret, vide Varronem apud Gellium *lib.* 14. *c.* 7. In notis S. C. D. *Senatuſconſultum decrevit*. Grot.

Commentarius.

1. *Quando & unde Senatus Iuris condendi auctoritatem acceperit.*

Conſtat, jus legis ferendæ ſtante adhuc Republ. ſolius populi, non Senatus fuiſſe: cui quidem, ut conſilio publico, permiſſum erat de iis rebus, quæ ad conſtituendam rempub. pertinebant, cognoſcere atque decernere; ſed ita, ut quæ majoris momenti viderentur, non aliter rata eſſent, quàm ſi ea aut populus aut plebs confirmaſſet. *Polyb. lib. 6. Dion. Halic.*

lib. 4. & 7. nec ullo ſenatuſconſulto aut novum introductum aut vetus ſublatum legimus: ac ne Julio quidem & Auguſto imperantibus ulla hujuſmodi ſenatuſconſultorum mentio, ſed legum tantùm aut plebiſcitorum. Ac proinde veriſſimum eſt, quod Bodinus *lib.* 1. *de republ. c.* 10. ſcribit, ſenatui Romano ab exactis urbe regibus uſque ad Tiberii Cæſaris dominatum leges jubere non licuiſſe, ſed decreta tantùm annua, quæ tamen nec populum nec plebem tenerent; & manifeſtè fallitur D. Connan. *lib.* 2. *c. de ſenat.* ſenatui Romano tribuens perpetuam legis condendæ poteſtatem. Nam *Dionyſ. Halic. de lib.* 4. expreſsè ſcribit, ſenatuſconſulta nullam vim legis habuiſſe, niſi plebs ea probaret; & quæ populus probaverat, annua tantùm fuiſſe, niſi rogatione ad populum vel ad plebem vim legis adipiſcerentur. Quid igitur eſt, quod Juriſconſultus ſcribit in *l. non ambigitur.* 9. *de leg. non ambigi ſenatum jus facere poſſe?* Non potuit integra adhuc repub. ſed tum demum poſſe cœpit, cum comitia è campo ad patres tranſlata ſunt; quod à Tiberio primùm factum eſſe teſtatur *Tacit. lib.* 1. *annal.* Quippe Cæſar dictator, auctore Suetonio, jus comitiorum non in totum populo ademerat, ſed cum eo partitus erat. Atque idem jus bellis civilibus diu intermiſſum reduxerat Auguſtus; ſic enim accipio, quod idem Suetonius c. 40. *in Aug. ſcribit: Auguſtum jus priſtinum comitiorum reduxiſſe*; eumque Suetonii ſenſum ex Dione adſtruit Juſt. Lipſius; ego etiam ex verbis Taciti, quæ mox ſubjicit: *Nam ad eam diem*, inquit, *etſi potiſſima arbitrio principis, quædam tamen ſtudiis tribuum fiebant*. Ex eo igitur tempore legibus & plebiſcitis quieſcentibus ſenatus jus facere cœpit: quamquam non tam propria auctoritate, quàm conniventia quadam & indulgentia Principum; quod vel unus Tacitus nos docere poteſt, & arguunt orationes Principum in ſenatu haberi ſolitæ, in quas ſenatuſconſulta fiebant. Tandem tranſlato in Orientem imperio, mutataque penitus reipub. forma, hæc poteſtas ſenatus exolevit atque à Leone Philoſopho etiam nominatim ſenatui adempta eſt. *Nov. Leon.* 78.

Nam cùm auctus] Αἰτιολογία: ait τὸ ἀνέπιτον αὐτῶν. Nam ex Livio *lib.* 1. *Dionyſ. Halicarn. lib.* 2. & 6. diſcimus, ſenatuſconſultorum primordia vetuſtiſſima eſſe: legemque jam inde ab urbe condita fuiſſe, quæ omnia in ſenatus poteſtate ponebat, præter magiſtratuum creationem, legum lationem, & belli inferendi deponendique arbitrium. Sed fortaſſim hoc dicere Juſtinianus voluit; quod & Pompon. in *l.* 2. §. *deinde.* 9. *de orig. jur.* aucto populo in eum modum, ut difficulter jam omnes convenire poſſent, neceſſitate eò rem deduxiſſe, ut æquum viſum fuerit etiam de iis rebus ſenatum conſuli, de quibus antea ad populum ferri ſolebat. Sed & hoc ipſum falſum eſſe, ex iis, quæ paulò ante diximus, manifeſtè liqueat, poteſtatemque populi ad ſenatum tranſlatam aſtutia Cæſarum, qui ut Tranquillus in *Tiberio* ſcribit *c.* 29. & *ſeqq. ſenatus potentiam augendo ſuæ ſerviebant*.

TEXTUS.

De Conſtitutione.

6. *Sed & quod Principi placuit, legis habet vigorem: quum lege regia, quæ de ejus imperio lata eſt, populus ei & in eum omne imperium ſuum & poteſtatem concedat. Quodcumque ergo Imperator per Epiſtolam conſtituit, vel cognoſcens decrevit, vel edicto præcepit, legem eſſe conſtat. Hæc ſunt, quæ conſtitutiones appellantur. Planè ex his quædam ſunt perſonales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulſit, vel ſi quam pœnam irrogavit, vel ſi cui ſine exemplo ſubvenit, perſonam non tranſgreditur. Aliæ autem cùm generales ſint, omnes procul dubio tenent.*

NOTÆ.

6. *Lege Regia*] Ex *l.* 1. *D. De conſtit. princ.* Lex Imperii dicitur *l.* 3. *C. de teſtam.* De lege regia cognoſce ex indice *leg. Rom.* Hotomanni.

Ei & in eum] Hæc verba *in eum* Theoph. Hotom. Wveſ. interpretantur *in ſe*, quod nimis argutum. Probabile eſt, populum his verbis in formula legis uſum ad oſtendendum enixam ſuam voluntatem omne imperium ſuum παντελῶς, transferendi, Fabrot.

Per Epiſtolam] Epiſtola eſt reſcriptum Principis, quo de jure conſulentibus reſpondet. Ut paſſim *in Cod.*

Decrevit] Decretum Principis dicitur, cum ipſe de cauſa cognoſcit, & partibus auditis pronuntiat, ut in *l.* 3. *D. De his quæ in teſt. del.* ὑποθέσεις ἐκκαλουμένων in Gloſſ. Baſilic.

Edicto præcepit] Edictum eſt, cum Princeps motu proprio, ἐξ οἰκείας φύσεως κινηθεὶς, aliquid conſtituit ad honeſtatem & utilitatem ſubditorum. *Theophil.* & *l.* 3. *C. de legib.* & ferè ad præfectos prætorios hujuſmodi conſtitutiones diriguntur, ut in *l.* 6. *C. de ſecund. nupt.* & ſimilib.

Perſonales] Hæ ſunt quæ privilegia Latinis dicuntur, eo quòd veteres *priva* dixerunt, quæ nos *ſingula* dicimus. Gell. 10. c. 20. Feſt. in voce *privus*, & ibi Joſ. Scal. *in annot.* aliàs jus ſingulare. *l.* 16. *D. de legib.* Hujuſmodi ſunt privilegia militum, doctorum, ſtudioſorum, &c.

Pœnam irrogavit] Nempe graviorem ordinaria

naria

naria propter exemplum. Obiter hic nota, privilegia non ſolùm pro aliquo, ſed etiam in aliquem ferri poſſe, ut in Milonem à Pompejo, à Clodio in Ciceronem lata ſunt.

Perſonam non tranſgreditur] Non producitur hoc jus ad conſequentias, *l. 24. D. de legib.* non tranſit ad ſucceſſores, *l. 68. l. 169. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Lege regia jus omne populi privativè in Principem translatum.*
2. *Genera conſtitutionum expoſita.*
3. *Quid & quotuplices ſint, tum quam vim habeant conſtitutiones perſonales & privilegia, & n. 5.*
4. *Privilegiorum rariorem uſum eſſe in ſtatu democratico, quàm in monarchico.*
5. *De reſcriptis contra jus elicitis & de precibus ſub & obreptitiis, nec non de moratoria præſcriptione.*

L*Ege Regia*] Hæc eadem habet Ulp. *l. 1. de conſt. princ.* Latam autem fuiſſe legem, idque ſub Auguſto, eamque ſecutum in eamdem ſententiam ſenatusconſultum, qua lege populi omnis poteſtas Principibus conceſſa, ipſique legibus ſoluti ſunt, probatur teſtimonio Dionis, qui lib. 53. de principibus loquens, λέλυνται, inquit, τοῖς νόμοις ὡς αὐτὰ τὰ λατῖνα ῥήματα λέγει, *ut ipſa verba latina ſonant.* Quod non niſi de verbis alicujus legis accipi poteſt. Eadem eſt, quæ lex imperii dicitur, *l. ex imperfecto, 3. C. de teſtam.*

Ei, & in eum] Hæc verba *in eum* Theophil. Hotom. Vveſemb. interpretantur in ſe, quod nimis argutum. Probabile eſt, populum his verbis in formula legis uſum ad oſtendendam enixam ſuam voluntatem omne imperium ſuum παντελῶς transferendi.

1 *Omne imperium & poteſtatem*] Ergo populus non retinuit veterem poteſtatem, eamque cum principe communicavit dumtaxat, ſicuti illi ſentiunt, qui populum non privativè, ſed cumulativè poteſtatem ſuam in Principem contuliſſe contendunt: qui error in notiſſima Politices principia impingit, & manifeſtior eſt quàm ut refutari debeat. Non equidem nego jura majeſtatis ita dividi poſſe, ut non omnia in unum, quem Principem conſtituit populus, transferantur; ſed quædam apud optimates ut populum remaneant, atque ita temperatum ac mixtum fiat imperium: ſed eadem jura majeſtatis & transferri & retineri nullo modo poſſunt. Nihil ad rem facit, quòd Principes ab inviſis populo nominibus Regis aut Domini abſtinuerint, cum alio ſub nomine regiam poteſtatem exercerent, auctore Dione *d. lib. 53.* quod non ſatis examinavit D. Gudelinus *lib. 5. de jur. noviſſ. c. 2.* multò autem minùs jus illud imaginarium populi in ſuffragiis ferendis, aut illa in jure condendo precaria ſenatus auctoritas. Manebant enim tunc temporis adhuc, ut inquit Tacitus *veſtigia morientis libertatis.* Et veriſſimè de populo Romano Juvenalis *Satyr. 10.*

Qui dabat olim
Imperium, faſces, legiones, omnia, nunc ſe
Continet, atque duas tantùm res anxius optat,
Panem & Circenſes.

Quodcumque ergo Imperator] Conſtitutiones Principum non ſunt unius generis. Diſtinctio à cauſa finali, hoc eſt, à ſcopo & intentione Principis ſumenda. Etenim vel hoc apertè & directè Princeps agit, ut legem condat & jus præſcribat, quod fit non tantùm, cum generaliter & motu proprio quid conſtituit ad uſum ſubditorum, quæ ſpecies conſtitutionis edictum dicitur, & lex edictalis, *l. 6. C. de ſec. nupt. cum ſimil.* ſed etiam cum reſpondet magiſtratibus de jure dubio conſulentibus: quanquam Theophilus hoc genus conſtitutionis epiſtolæ ſpeciem facit; vel non agit id principaliter, ut jus aliquod in commune conſtituat, ſed ut ſpecie litem aliquam inter partes componat; & tamen propter excellentiam & dignitatem perſonæ conſtituentis, id quod conſtituit, legis vigorem habet, *l. 1. §. 1. de conſt. Princ. l. ult. C. de legib.* cum à judicibus res judicatæ aliis non noceant, *tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* ac ne ſententiæ quidem latæ in conſiſtorio Principis, aut ab ipſo quidem Principe, ſed ad relationem & conſultationem judicum, *l. 2. l. 3. c. de lib.* Vid. tamen Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 63. n. 3. & ſeqq. & vol. 3. deciſ. 111. n. 8. & 9.* Poſterioris hujus generis duæ ſunt ſpecies, epiſtola & decretum. Epiſtola propriè dicitur, cum privatis de jure ſuo conſulentibus Princeps reſcribit. Decretum ἀπόφασις βασιλικὴ cum ipſe de cauſa cognoſcit, & partibus auditis ſententiam pronunciat; quem veterum Principum morem fuiſſe teſtantur hiſtoriæ AA. ſcriptores. Elegans exemplum habemus *in l. 3. de his quæ in teſt. del.* 2

Quædam ſunt perſonales.] Cùm dixiſſet, non ea tantùm quæ Princeps edicto præcepit, ſed etiam quæ per epiſtolam conſtituit, cognoſcens decrevit, vim etiam in aliis cauſis & perſonis habere, id nunc ex Ulpiano in *d. l. 1. §. 2. de conſt. Princ.* ſic temperat, niſi aliam eſſe voluntatem & ſententiam Principis appareat: eſſe enim conſtitutiones quaſdam perſonales, quibus jus ſingulare in certæ alicujus perſonæ gratiam conſtituitur: Hæ ſunt quæ *privilegia* Latinis dicuntur, eò quòd veteres *priva dixerunt, quæ nos ſingula dicimus* autore Agellio *lib. 10. c. 20.* & Feſto in voce privos, ubi Joſ. Scal. *in annot. Offendit me,* inquit, *quod apud Ciceronem pro hac voce privatum ſubſtituerint,* ut in ea pro dom. *Vetant leges ſacratæ, vetant 12. Tabulæ leges privis hominibus irrogari.* At hodie legunt *privatis.* Item 3. de leg. *Tantùm majores in poſterum providiſſe, in privatos homines leges ferri noluerunt. Cum Cicero ſcripſerit, in privos homines. Subjicit enim: Id enim eſt*

3 (margin number beside "ea tantùm quæ Princeps edicto præcepit")

Digitized by Google

privilegium. Poſtea interpretatur: ferri de ſingulis niſi centuriatis comitiis noluerunt. Ait autem Juſtinianus, hujuſmodi conſtitutiones perſonales ſive privilegia aut jura ſingularia in exemplum non trahi, nec perſonam egredi: quoniam non ea mens ſit Principis, qui ſolius puta Titii aut Sempronii cauſa aliquid conſtituit, ut id, quod ita conſtituit, in univerſum pro jure obſervetur, aut ad alios transferatur. Apparet verò ex ipſis verbis non agi hoc loco de privilegii cauſæ aut rei, ſed perſonæ, quibus ſola perſonæ conditio locum facit: qualia ſunt privilegia militum, doctorum, ſtudioſorum, &c. Item immunitas certæ perſonæ tributa, *l. 1. §. 1. de jur. immun.* jus tacitæ hypothecæ, quod in exigenda dote mulieri indultum eſt in bonis mariti, & nominatim à Juſtiniano cum hoc privilegio, ut aliis creditoribus hypothecariis etiam tempore prioribus præferatur, *l. aſſiduis, C. qui pot. in pig.* Tale item beneficium eſt, quod parenti, patrono, marito, donatori, &c. conceſſum, ut in id tantùm, quod facere poſſunt, condemnentur, *l. ſunt qui, 16. & ſeqq. de re jud. l. 11. & ſeqq. ſol. matr.* Hæc & ſimilia perſonarum privilegia deficiente perſona, cui data ſunt, ſtatim ſimul deficiunt, aut extinguuntur, neque ad ſucceſſores tranſeunt, *dd. ll. 1. in omnibus 68. l. privilegia 196. de reg. jur.* niſi id quoque nominatim privilegio cautum ſit, *l. 4. de jur. immun.* At quæ privilegia magis cauſæ quàm perſonæ præſtantur, ea hæredibus quoque & cæteris ſucceſſoribus tribuuntur, *d. l. in omnibus, & d. l. privilegia de reg. jur.* Cujus generis beneficia ſunt immunitates generaliter locis aut civitatibus aut familiis datæ, *l. 4 §. 3. de cenſib.* induciæ temporis, quæ judicatis indulgentur, *l. tempus 29. de re jud.* jus ante omne creditum deducendi impenſas funeris, *l. pen. junct. l. filius fam. 31. §. ult. de rel. & ſumpt. fun. &c.* de quo addi D. *Pet. Fab. ad d. l. in omnibus, & d. l. privilegia, de reg. jur. Chriſtin. vol. 5. dec. 47. n. 30. & ſeqq.* Uſus privi-
4 legiorum, ut hoc obiter addam, frequentior eſt, ubi ſinguli regunt, quàm ubi univerſi, propterea quòd in ſtatu populari major eſſe debet æqualitatis obſervatio. Quam ob cauſam etiam lege 12. tab. cautum fuit, *ne privilegia irrogarentur*, teſte *Cic. pro dom. ſua.* quod Decem viros à Græcis accepiſſe ex oratione *Demoſthenis contra Ariſtocratem* liquere poteſt. Cæterum hoc juris erat ordinarii: nam extra ordinem jure ſupremæ poteſtatis privilegia etiam à populo aliquando ferebantur; ſed nonniſi centuriatis comitiis. *Cic. 3. de legib.* Quale illud apud Romanos fuit, ut quis ante magiſtratum capere poſſet, quam per leges licebat. Sic Athenienſes cum injurati nullius teſtimonium admitteretur, ſoli Xenocrati remiſerunt jusjurandum. *Diog. Laer. in Xenocr.*

5 *Ob meritum indulſit*] Tres perſonalium conſtitutionum ſpecies hoc loco proponuntur; ſi quid princeps alicui ob meritum indulſit, puta immunitatem ab oneribus publicis; ſi quam pœnam irrogavit, puta graviorem ordinaria propter exemplum; ſi cui ſine exemplo ſubvenit, puta gratiam delicti fecit. Ubi obiter notandum, privilegia non ſolùm pro aliquo, verùm etiam in aliquem ferri poſſe, ut in Molinam à Pompejo, in Ciceronem à Clodio lata ſunt, *Cic. pro dom. ſua.* Illud hic prætereundum non eſt, non ut 6
quiſque privilegium à Principe impetravit, ita & continuo id valere. Nam primò reſcripta Principum contra jus vel utilitatem publicam elicita à judicibus improbari etiam ipſorum Imperatorum conſtitutionibus jubentur, extra quam ſi proſint petenti, & alium non lædant, vel crimen ſupplicantibus indulgeant, *l. 3. & 7. de prec. imp. off. l. ult. C. ſi cont. jus vel util. pub.* aut, licèt cum læſione alterius, moratoria dumtaxat præſcriptio debitori permittatur, ut eſt in *l. 2. C. de prec. imp. offer.* id eſt, exceptio dilatoria, exceptio, non qua perimatur actio, ſed petitio & exactio in tempus certum differatur, ſpatio ad ſolvendum debitori dato, *Brewen van Reſpiit.* Quo tamen caſu placet non aliter reſcriptum valere, quàm ſi fidejuſſio idonea ſuper debiti ſolutione præbeatur, *l. 4. c. d. tit.* quod & cautum Caroli V. *edicto 19. Maji 1544. art. 42.* Secundò ſi Principi obreptum ſit, celata ſcilicet veritate; vel ſubreptum expreſſo mendacio, reſcriptis fructu privari jubetur, qui id impetravit, *l. 2. C. de legib. l. pen. C. ſi cont. jus vel util. pub.* Utrumque ex voluntate & mente Principis ſumptum eſt, qui non creditur aliquid velle contra utilitatem publicam concedere; aut aliter, quàm ſi preces veritate nitantur, *l. 7. C. de div. reſcr. l. pen. & ult. C. ſi cont. juſ. & ib. Groenen. tract. de ll. arb. Gail. 1. obſ. 14. Tuld. & Perenz. poſt DD. comm. ad d. tit. C. ſi cont. jus vel ut. pub. Ant. Fab. C. ſuo ibid. defin. 1. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 74 & 76.* exemplum in *l. 1. ff. de natal. reſtit.* Hinc eſt, quòd à Curiis reſcripta ejuſmodi aut rejici aut admitti, ſive ut nunc loquuntur, interinari ſolent.

TEXTUS.

De Jure honorario.

7 *Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium ſolemus appellare: quod qui honores gerunt, id eſt, magiſtratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant & ædiles curules edictum de quibuſdam cauſis; quod & ipſum juris honorarii portio eſt.*

NOTÆ.

7. *Prætorum edicta*] Jus prætorium introductum eſt adjuvandi vel ſupplendi & corrigendi juris civilis gratia, *l. 7 §. 1. D. de juſt. & jur.* exempla *in pr. & §. 1. infr. de bon. poſſ. §. 3. infr. de exh. lib. § 9. infr. de her. qua ab inst. §. 3. infr. de leg. agn. ſucc.*

Non modicam auctoritatem.] Minorem tamen, quàm ſpecies ſuperiores. Nam edicta prætorum

Digitized by Google

rum non valebant auctoritate populi aut Principis, ſed tantùm ob honorem magiſtratus, qui non tam conditor eſt juris novi, quàm cuſtos & interpres conditi, *d.l.7.§.3.& l.ſeq.D. de juſt. & jur.l* 2.§. 10. *de orig. jur.l.*12. §.1. *De de bon.poſſ.l.* 1. *in fin. D.ex quib. cauſ. mai.*

Ædiles curules] Ad diſtinctionem ædilium plebis. Curabant ædes ſartas tectas eſſe, aquas mundas, integros aquæ ductus, vias expeditas Cic. 5. *in Verr.* add. Liv. *lib.* 6. *in fin. &* 7. *in pr.* Varr. 4. *de ling.*

De quibuſdam cauſis] de rebus, maximèque mancipiis & jumentis venalibus, & de animalibus feris continendis, qua vulgò iter fit, explicatur *lib.*21. *D.Titul.*1.

Juris honorarii portio.] Jus honorarium genus eſt, cujus ſpecies prætorium & ædilitium.

COMMENTARIUS.

1. *Unde prætori & qualis condendi juris poteſtas.*
2. *Ædiles Curules qui & unde dicti.*
Jus ædilitium quo ſenſu dicatur ſub prætorio contineri.

INter ſpecies juris civilis numeratur hoc loco & jus prætorium: quod tamen non rarò ut ſpecies diverſa, juri civili opponitur. Sed non eſt novum in jure noſtro, ut idem nomen nunc latiùs, nunc anguſtiùs accipiatur; & quod per ſe poſitum nomen generis eſt, contrahatur ad certam ſpeciem oppoſitam ſpeciei ejuſdem generis. Itaque cum jus civile à prætorio diſtinguitur; per jus civile intelligitur, quod ex legibus, plebiſcitis, ſenatuſconſultis, decretis Principum, auctoritate prudentum venit: per prætorium, quod illius juris adjuvandi, ſupplendi, corrigendi cauſa magiſtratus introduxerunt. Papinian. *l.* 7. *de juſt. & jur.* Unde autem prætori juris condendi poteſtas? Neque enim prætor aliud, quàm magi-
1 ſtratus fuit, juris dicundo, non condendo, quod majeſtatis eſt, præpoſitus; cuſtos juris civilis, non arbiter; neque ulla lege talem poteſtatem prætori datam uſpiam legimus. Sic exiſtimo, Prætores ab initio jure magiſtratus edicta tantùm propoſuiſſe, de quibus rebus, & quomodò jus dicturi eſſent, *l.* 2. §. *eodem tempor.* 10. *de orig. jur.* Progreſſu autem temporis, non obtinente populo, hoc ſimul uſurpaſſe, ut edicendo etiam jus conſtituerent: ut tamen edicta eorum minorem longè vim, quàm leges haberent, nec abrogare jus conſtitutum aut receptum poſſent, *l. cum ſponſus* 12. §. 4. *de Publ. in rem ad.l.* 12. §.1. *de bon. poſſ.* ſed tantùm adjuvare, ſupplere, corrigere, *l.* 7. §. 1. *de juſt. & jur.* hoc eſt, rigorem juris civilis mitigare, & de iis, quæ legibus nec ſancita nominatim nec vetita eſſent, ex bono & æquo aliquid ſtatuere, etiam præter rationem juris civilis. Nam certè plus hic licuiſſe prætori, quàm vel juriſconſultis vel judicibus privatis, agunt tot exceptiones & actiones, tot bonorum poſſeſſiones præter manifeſtam rationem juris civilis à prætore introductæ, in quibus ante jus à prætoribus conſtitutum nihil ſibi ſumere quiſquam privatus potuit: atque hinc eſt, quòd edictum prætoris nonnunquam lex appellatur, uti ab Ulpiano *l.* 1. §. 2. *unde cog. & Cic.* 3. *Verrim.*

Qui honores gerunt.] Jus honorarium ad honorem prætorum nominatum eſt, ait Papin. in *d.l.*7. §.1. quod, qui honores gerunt, id eſt, magiſtratus auctoritatem huic juri dederunt, ut hic Juſtinian. Propoſuerunt quidem & alii magiſtratus cenſores, conſules, tribuni, edicta, ut ex Cic. Gell. & aliis notum eſt: nec dubium, quin ſecundùm ea jus dictum fuerit: attamen quia ſoli prætores juris dicendi cauſa creati ſunt, totaque ferè juriſdictio penes prætores erat, hinc factum arbitror, ut jus omne, quod à juriſdictione venerat, non minùs prætorium, quàm honorarium appellaretur, atque appellatione prætorii etiam aliæ partes juris honorarii continerentur.

Ædiles curules] Curules, ad diſtinctionem 2
ædilium plebis: nam ædilitatem curulem patricium magiſtratum fuiſſe conſtat ex *Liv. init. lib.* 7. *dec.* 1. Ædiles autem dicti à potiſſima parte procurationis eorum, quòd ædes ſacras & privatas ſartas tectas eſſe curarent. Auctores Feſtus & Varro *lib.* 4. *de ling. Lat.* nam & alia ad manus eorum pertinebant, quæ recenſet *Cic. lib.* 5. *in Verr. & Grach. lib.* 1. *de comit. Rom.* De veriverbio vocis Curules, non magnoperè laborandum: ſive enim à curia, ſive à curru, quo vehebantur, ſive à cella curuli, in qua ſedebant, eam deducas, parum refert.

De quibuſdam cauſis] De rebus, maximèque mancipiis & jumentis venalibus, item de animalibus feris continendis, qua vulgò iter fit, edictum ſatis celebre & explicatum *lib.* 1. *ff.* *tit.* 1.

Juris honorarii portio] Jus ædilitium ap- 3
pellatione juris honorarii propriè continetur, ut ſpecies appellatione generis. Sed & prætorii appellatio jus ædilitium continet. *l.*1. *in pr. de verb. oblig.* non quidem verbi ſignificatione, [neque enim ædiles prætores erant] ſed ſententia ſcribentis. Et hoc eſt, quod Pomponius ſcribit in *d.l.*5. prætorias ſtipulationes ſic exaudiri oportere, ut in his etiam contineantur ædilitiæ; *nam & hæ*, inquit, *à juriſdictione veniunt*; innuens id, quod de prætoriis, tanquam principali earum ſpecie, dictum eſt, etiam dictum intelligi de reliquis, quarum interponendarum eadem ſit cauſa & origo, juriſdictio nimirum magiſtratus.

TEXTUS.

De Reſponſis Prudentum.

8. *Reſponſa prudentum ſunt ſententiæ & opiniones eorum, quibus permiſſum erat de jure reſpondere: nam antiquitus*

conſtitutum erat, ut eſſent, qui jura publicè interpretarentur, quibus à Cæſare jus reſpondendi datum eſt, qui Juriſconſulti appellabantur: quorum omnium ſententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere à reſponſis eorum non liceret, ut eſt conſtitutum.

NOTÆ.

8 *De jure reſpondere*] Cujac. Hotom. Vveſ. ex libris veteribus, *jura condere*; Theoph. νομοθετεῖν, ſed ut rectè idem, *κατὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν, per conſultationem & reſponſionem.*

Antiquitùs conſtitutum] Malo *inſtitutum*, nullam enim lege id conſtitutum, ſed more majorum inſtitutum fuit: dictaque hæc pars in ſpecie jus civile, *l.2 §.5. D.de orig. jur.*

A Cæſare] Primus D. Auguſtus conſtituit, ut ex auctoritate principis reſponderetur, *d. l. 2. circ. fin.*

Quorum omnium] Aut utique plurimorum, *l. un. C. Theod. de Reſponſ. prudent.*

COMMENTARIUS.

Origo auctoritatis prudentum à capite accerſita.

POſtrema juris ſcripti pars ſunt reſponſa prudentum. Cujus juris originem operæ eſt à capite accerſere. Latis legibus 12. tab. quæ perbreves erant & obſcuræ, cœpit (ut naturaliter evenire ſolet) ut Interpretatio deſideraret prudentum auctoritatem, neceſſariaque eſſet diſputatio fieri. Hæc diſputatio atque hoc jus, quod ſine ſcripto venit, compoſitum à prudentibus communi nomine appellabatur jus civile, hoc eſt, nomine generis ad ſpeciem contracto. Hæc Pompon. *l. 2. §. his legibus. 5. de orig. jur.* Unde primò intelligimus, interpretationem juris dumtaxat prudentibus permiſſam fuiſſe, non juris propriè condendi poteſtatem: ac neque hac earum interpretationem ſtatim pro jure acceptam; ſed ubi ea in foro agitata & recepta eſſet; quo reſpectu jus iſtud ſine ſcripto introductum Pomponius ait: quod tamen pars eſt juris ſcripti, quatenus eſt ex interpretatione illius juris & legum ſententia, *arg. l. 6. §. 1. de verb. ſign.* ad quod declarandum habemus accommodatiſſimum exemplum, *infr. tit. de leg. patr. tut.* atque hoc ſenſu rectè opponitur conſuetudini. Item jus illud ſive receptas interpretum ſententias compoſitas, hoc eſt, deſcriptas, atque in certum volumen collectas fuiſſe, neque ab iis judicem in judicando potuiſſe recedere; utpote quæ partem conſtituerent juris civilis, eoque nomine in ſpecie etiam appellarentur. Atque ut obiter ſciamus, ante tempora Auguſti, quicumque ſtudiorum ſuorum fiduciam habebat, de jure conſulentibus publicè reſpondere poterat. Divus autem Auguſtus, quo major eſſet juris auctoritas, primus conſtituit, ut ex ſua auctoritate reſponderetur. Poſt quod tempus peti pro beneficio, & à Principe jus reſpondendi dari cœpit, ut in *d.l.2. circa fin.* idem Pompon. ſcribit; quam ob cauſam nonnulli exiſtimant ex eo demum tempore reſponſa auctoritatemque Juriſconſultorum inter partes juris ſcripti numerari cœpiſſe. Nunc verba hujus §. inſpiciamus.

Permiſſum erat de jure reſpondere] Hoc ad tempora liberæ reipub. referri non poſſe, ex jam dictis liquidò apparet: ſed ad poſteriora referendum, poſtquàm nimirum D. Auguſtus hoc jus à Principe peti voluit. Fallitur Theophilus, dum putat hoc jus à populo aut ſenatu conceſſum fuiſſe.

De jure reſpondere] Veteres codices, (auctore D. Pacio) habent *jura condere*, id eſt, νομοθετεῖν, non malè: nam & conſulti quodammodò jus condebant: nempe, ut rectè Theophilus, *κατὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν, per conſultationem & reſponſionem*; quo ſenſu etiam juris conditores nonnumquam appellantur, *l. nulla 23. C. de proc. l. ſi furioſi 25. C. de nupt.* Cæterum, ut dixi, quod ita reſpondentes interpretando condebant, non ex propria eorum auctoritate ſtatim valuit, aut vim legis habuit; ſed tum demum habere cœpit, cùm uſum forenſi receptum eſſet: errantque adeò toto judicio, qui tantam Juriſconſultis auctoritatem tributam fuiſſe exiſtimant, ut novum etiam jus condere potuerint per *l. ult. C. de legib.* ubi tamen nihil eis conceditur, quod antea non habuerint; ſed tantùm relinquitur priſtina legum interpretandarum facultas, *add. D. Guidelin. 5. de jur. nov. 2.*

Conſtitutum erat] Malo *inſtitutum*, ut nonnulli codices habent: nulla enim conſtitutione tale quid ſancitum fuit.

Juriſconſulti] Item juriſperiti, & prudentes, & auctores juris, modeſtiæ quoque cauſa juris ſtudioſi appellari amabant: fortaſſis ad exemplum Pythagoræ, qui ſe non σοφὸν, ſed φιλόσοφον dici voluit. Itaque hæc appellatio communis eſt tam præceptorum, quàm diſcipulorum & auditorum juris, *l. 1. de off. aſſeſſ. l. 9. §. 4. de pœn. l. 4. de extr. cog.* quibus in locis conſtat juris ſtudioſos pro juris profeſſoribus & aſſeſſoribus comitibuſve judicum accipi, *add. Cujac. 7. obſerv. 25. Rev. 2. conject. 10.*

Quorum omnium] aut utique plurimorum; nam ſingulorum ſententiis eam vim tribuere perquam abſurdum; & videtur Juſtinianus, ut verba poſtrema hujus § arguunt, reſpicere ad conſtitutionem Theodoſii, quæ extat *in l. un. C. Thod. de reſp. prud.*

TEXTUS.

De Jure non ſcripto.

9. *Sine ſcripto jus venit, quod uſus approbavit; nam diuturni mores conſenſu utentium comprobati legem imitantur.*

NOTÆ.

9. *Diuturni.*] Propria hæc ſunt epitheta conſuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata-

Digitized by Google

veterata: quanto autem tempore introducatur, jure noſtro definitum non eſt.

Legem imitantur] Id eſt, legis vim & effectum habent, *l.32. & ſeq. D.de legib.* Quin etiam plus valere, & in rebus majoris momenti verſari leges, quæ moribus comprobatæ ſunt, quàm quæ ſcripto conſtant, teſtatur Ariſtot. 3. *Polit. c. ult.*

Commentarius.

1 *Juris non ſcripti ſeu longa conſuetudine introducti quanta, & unde auctoritas, n. 2. & 5.*
3 *Ad jus conſuetudine introducendum opus eſſe probabilis ſuperioris ſcientia.*
4 *Quantum tempus, quot actus & quales ad inducendam conſuetudinem neceſſarii.*
6 *Applicatio ſuperioris diviſionis ad jus civile Batavorum.*
7 *An plures ſpecies juris, quàm quæ memoratæ, & de æquitate, & communi opinione.*

1 **S***Ine ſcripto*] De quibus cauſis ſcriptis legibus non utimur, id cuſtodiri oportet, quod moribus & conſuetudine inductum eſt, *l. de quib. 22. de legib.* Imò magnæ auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum eſt, ut non fuerit neceſſe ſcripto id comprehendere, *l. imò magna 36. eod. Uſus eſt*, inquit alicubi Livius, *graviſſimus juris cenſor, & explorator, ut non poſſit non æquum eſſe & utile, quod is probavit, ſæpius facto periculo*. Cui ſimile eſt, quod Ariſtot. 3. *Pol.* ult. ſcribit, *plus valere, & in rebus majoris momenti verſari leges, quæ moribus comprobatæ ſunt, quàm quæ ſcripto conſtant*. Dicitur autem hoc jus non ſcriptum, non quòd ſcribi non poſſit, ſed quòd ſcribi neceſſe non ſit *d.l.36.* Utique tamen utile eſt ſcripto id comprehendi ad lites & ſumptus probationum minuendos; & videmus multarum regionum conſuetudines non modò ſcriptas, ſed etiam commentariis illuſtratas circumferri. Neque tamen idcircò conſuetudo fit jus ſcriptum, quod legem appellamus: quia non ex ſcriptura, ſed ex uſu æſtimatur; & facilioris tantùm probationis cauſa ſcripta intelligitur.

Conſenſu utentium] Nimirum tacito. Nam quemadmodum expreſſa ſanctio legem facit, ita tacita populi voluntas conſuetudinem, unde quoad vim & effectum inter hæc duo nihil intereſt. Quid enim refert, ait Julianus in *d.l. de qui-*
2 *bus ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis & factis?* Populum autem etiam hic intelligere debemus nullius imperio ſubjectum: nam quæ civitates alterius imperio parent, non magis tacito conſenſu conſuetudinem introducere poſſunt, quàm expreſſo legem. Hinc quia ejuſdem eſt legem tollere, cujus eſt condere, rectè reſcriptum eſt in *l. 2. C. quæ ſit long. conſ.* legi à Principe latæ contraria conſuetudine derogari non poſſe. Quamobrem etiam exiſtimandum eſt, Julian. in *d. l. quibus*, reſpexiſſe ad anteriora tempora, quibus populo adhuc jus ſuffragii erat, aut ad ea jura, quæ nondum ſublato jure ſuffragii moribus introducta ſunt: quale eſt popularis ſubſtitutio, *l. 2. de vol. & pub. ſubſt.* item querela inofficioſi teſtamenti, *l. 8. in pr. de bon. poſſ. cont. tab.* donationis inter virum & uxorem improbatio, *l. 1. de don. int. vir. & ux.* & ſi quæ ſunt generis ejuſdem; fortaſſis etiam jura municipiorum conſideravit, quæ ſuis legibus & moribus utebantur etiam ſub Imperatoribus, ut notavi *ſup. §. 1.* Evincit hoc ipſa Juriſconſulti diſputatio, qui argumentatur à jure ſuffragii ad jus introducendi conſuetudinem. 3
Proindè in ſtatu populari jus conſuetudinis introducendæ, quæ inſtar legis ſit, ſolus populus habere poteſt; in monarchico aut optimatum non item: ſed in ea introducenda probabilis Principis aut ſuperioris ſcientia & patientia requiretur, ut rectè D. Wveſemb. *part. de legib. n. 9. & D. Gudelin. l. 2. de jur. noviſſ. c. 2. per d. l. de quib. & d. l. 2. C. quæ ſit long. conſ.* etſi quòd non requiratur ſcientia ſuperioris, communior opinio eſt, quam poſt *Schneid. hic n. 2.* probat D. Tulden. *ad d. tit. C. n. 1.* & in judicando ſecuta eſt ſuprema Curia Melchin. teſte D. Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 55. n. 5. & 6.* neque D. And. Gail. 2. *obſerv.* 31. aut Mynſ. 6 *obſ.* 41. *& ſeq.* hoc inter requiſita conſuetudinis numerant. Planè quatenus civitates ſtatuta condere poſſunt, nec conſuetudines ſtatutis ſimiles introducere prohibentur, aut ante ſtatuta tacitè abrogare.

Diuturni mores.] Propria hæc epitheta ſunt conſuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata. Nam cùm ſenſim tacito conſenſu populus inducatur, neceſſe eſt is conſenſus ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc reſpectu conſuetudo facti eſt, probari quoque debet, atque ad eam probandam multum confert, ſi ea judicio contradictorio aliquando firmata ſit, *l. cum conſuetudine 34. de legib.* Quantum autem 4
tempus & quot actus ad introducendam conſuetudinem requirantur, inter interpretes non ſatis convenit. *D. Connanus 1. comm. 10. & Hotom. hic*, tantum tempus requirunt, quantum ſuperſtitum hominum nec ætas nec memoria comprehendit, per *l. 1. §. ult. junct. l. 2. §. idem Labeo 7. de aq. pluv. arc.* Vulgo, teſtibus *D. Gail. 2. obſ. 41. Mynſ. 6. obſ. 41. Schneid. hic n. 5. Wveſemb. par. de legib. nu. 9.* arbitrantur conſuetudinem induci decennio aut tanto tempore, quanto jus aliquando præſcribi poteſt. Verùm, ut rectè *D. Ant. Fab. 1. juriſpr. 2. pr. 11.* notat, in eo hi omnes errant, quòd conſuetudinem cum præſcriptione juris confundunt. Præſcriptio enim nullum jus acquirit niſi præſcribenti, & in eos dumtaxat, contra quos præſcriptum eſt, & in tantum, in quantum præſcribens poſſedit vel quaſi. Conſuetudo verò acquirit jus in univerſum omnibus & contra omnes in ſuo caſu: quia cùm ſit lex quædam tacita, legem imitatur, *l. ult. C. quæ ſit long. conſ.* Quam ob cauſam cum *D. Cujac. 20. obſ. 1. & Menoch. conſil. 543. num. 20.* potiùs judicis arbitrio hoc definiendum cenſeo, 5
qui

Digitized by Google

qui pro negotii qualitate modo longius, modo brevius tempus ſtatuere poſſit, & quantumcumque tempus ſufficere, modo adſit actuum frequentia, & uniformitas, ut *Ant. Fab. ad l. nam Imperator 38. de legib.* Et quoniam in conſuetudine introducenda non hujus aut illius hominis vel etiam ordinis morem inſpicere debemus, ſed totius populi uſum, eumque colligere ex iis, quæ non ſemel aut bis, ſed frequenter circa eamdem rem & controverſiam obſervata ſunt, *l. 1. C. quæ ſit long. conſ.* & obſervata tenaciter, hoc eſt, perpetuò ſimiliter, *l. ult. C. eod.* non putarem ad inducendam conſuetudinem duos actus ſufficere, quantùmvis judiciales & notorios, quæ communis eſt opinio probata item à *Gail. & Mynſ. dd. loc.* ſed hoc etiam arbitrio judicis relinquendum, ut cetera, quæ certo jure definita non ſunt, *arg l. 1. §. ult. de jur. delib. l. 9. C. de bon. auct. jud. poſſ. Cujac. Menoch. Fab. ubi ſup.* eleganter D. *Diod. Tulden. in comm. ad hunc tit. cap. 4.* Illud majoris partis conſenſu & rectè receptum eſt, cùm de conſuetudine probanda quæritur, neceſſe non eſſe probare, eam aliquando firmatam fuiſſe judicio contradictorio. Nam cùm ea populi conſenſu inducatur, quid refert, quòd non etiam intervenerit res judicata? Quid ſi tam certum jus fuerit, ut de eo nunquam apud judicem dubitatum ſit, an non majoris auctoritatis id videri debet, quàm quod in judicio contradictorio approbatum? *l. imò magnæ 36. de legib.* Conſilii igitur eſt, non neceſſitatis, quod ſcribit Ulpianus in *l. 34. d. tit.* cum de conſuetudine quæritur, primum explorandum eſſe, an etiam contradicto aliquando judicio confirmata ſit. Conſilium dat, ut id fiat, quia illa exploratio utilis eſt probaturo conſuetudinem, ſcilicet ut paratas habeat eaſdem illas probationes, quibus conſuetudo tum probata eſt. Et ſecundùm hanc opinionem in Camera judicatum teſtatur *Gail. 2. obſ. 31. n. 8. add. Myn. 6. obſ. 41. n. 15. Schneid. hic n. 6. Chriſt. vol. 4. deciſ. 187. n. 7. & ſeqq.* ubi plures citat, qui hanc ſententiam defendunt, & communem aſſerunt. Ita quoque judicatum refert *Radelant. Traject. deciſ. 3. num. 4.*

5 *Legem imitantur.*] Id eſt, vim & effectum legis habent. Itaque non hic ſolus conſuetudinis effectus eſt, quòd jus novum, de quo nihil ante cavebatur, inducat; ſed etiam quòd latam antea legem abroget; *§. pen. inſ. eod.* Eſt & alius item conſuetudinis effectus, in jure ſcripto nimirum interpretando. Nam ſi de interpretatione dubiæ alicujus legis quæratur, monemur in primis inſpiciendum eſſe, *quo jure civitas retro in hujuſmodi caſibus uſa ſit:* optimam enim legum interpretem eſſe conſuetudinem, *l. ſi de interpretatione 37. & l. ſeq. de legib.* minimèque mutanda, quæ interpretationem certam ſemper habuerunt, *l. minimè 23. eod.*

6 Nos item in his regionibus aut ſcriptis legibus utimur, aut non ſcriptis. Leges ſcriptæ aut generales ſunt, quæ ad omnes pertinent, & ubique locorum in hac provincia vim habent, aut ſpeciales, quæ ſunt propriæ alicujus loci, aut privilegia certis corporibus, collegiis, civitatibus, aut regionibus, itemque certæ alicui perſonæ aut pluribus unius generis, ut viduis, pupillis, pauperibus, &c. conceſſa. Generales leges ſoli ſanciunt Ordines, aut Præfecti, quibus ea poteſtas ſub nomine Comitum aut ſummorum magiſtratuum legitimè delata eſt. Sed & ſine hac delatione, Præfecto Provinciæ una cum Præſide aliiſque Curiæ Provincialis Senatoribus jus eſt, de quibuſdam cauſis leges ferre, nempe de iis quæ ad uſum fori, morem judiciorum, ad lites tractandas atque expediendas, ad fruſtrationes & captiones ſcribarum, advocatorum, procuratorum, viatorum, &c. corrigendas pertinent, quippe quibus in hac parte cura reip. jam ab initio mandata fuit, *Merul. lib. 1. tit. 4. c. 3. ad d. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 51. n. 8. & deciſ. 65. n. 3. & 4.* niſi hæc Curiæ decreta ſpeciales potiùs leges dicendę cum *D. Grot. 1. manud. 2.* Speciales leges non tantùm Ordines condunt, aut Præfecti, quos diximus, privilegiis ferendis, aut condendis ſtatutis particularibus: verùm etiam prætores & Baillivi de ſententia magiſtratuum urbanorum legitimè congregatorum in ſua quiſque civitate leges locales quas *Heuren* appellamus, condere poſſunt: item Baillivi cum potiſſimis agros colentium (*Mel-geboren Mannen*) prætores pagani cum Scabinis in agris & pagis de rebus ad juriſdictionem ſuam pertinentibus; quatenus nimirum jus condendorum ſtatutorum ab iis, quæ ſummæ reip. præſunt, acceperunt. Leges non ſcriptæ ſive mores aut inveteratæ conſuetudines & ipſæ partim generales, qualis eſt communio bonorum inter conjuges; partim ſpeciales, quale eſt jus retractus, quod in Rhiinlandia, Delflandia, Kennemerlandia & agro Voornano obſervatur, *D. Merul. d. lib. tit. 4. c. 1. & ſeq. Grot. d. loc.* Quòd ſi de re, de qua quæritur, nihil legibus aut moribus noſtris definitum eſt, jus commune, hoc eſt, Romanorum, ſequendum eſt, auctore *D. Grot. d. loc. ad Chriſtin. vol. 1. deciſ. 343. Gudelin. lib. 1. de jur. nov. c. 13. & lib. 3. c. 13.*

Et hactenus quidem explicatæ ſunt partes juris civilis è Juſtiniano propoſitæ. Sed an non plures poni debuerint, dubitari poteſt. Video enim, à nonnullis inter partes juris non ſcripti præter conſuetudinem, quæ ſola à Juſtiniano poſita eſt, numerari etiam res judicatas, ſive præjudicia, & æquitatem. Sed utrumque perperam. Nam etſi rerum, præſertim ſæpius judicatarum, non vilis eſt auctoritas: vim tamen legis minimè habent, nec jus inducunt, quod inter alios, ſimili aut ejuſdem generis controverſia mota, ſequi neceſſe ſit, *tit. C. res int. al. act. aut jud. al. non noc.* eòque pertinet, quod Imp. in *l. nemo, C. de ſent. & interl.* reſcribit, & vulgò dici ſolet; *Non exemplis, ſed legibus judicandum eſſe. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 51. num. 5. & ſeq.* 7

Sed

Digitized by Google

Sed nec æquitas propriè dicta hujus juris pars eſt. Eſt quidem ἄγραφον, quia ſcripta non eſt: ſed non eo ſenſu ita appellari poteſt, quo jus illud conſtituit ſpeciem juris civilis. Quod ut planius intelligatur, obſervandum eſt, nomen æquitatis dupliciter accipi; vel in genere pro æquo, quod cum omni jure conjunctum eſt; vel in ſpecie pro eo quod eſt à jure civili diverſum. Generalis appellatio etiam jure civili convenit: nam omnibus legibus & juri civili æquitas aliqua ineſſe creditur, nomenque juris non meretur, quod ab omni æquitate deſtitutum eſt. Atque hoc ſenſu Cicero *in Topic.* jus civile definit *æquitatem conſtitutam iis, qui ſunt ejuſdem civitatis*. In ſpecie autem & propriè accepta, æquitas juri opponitur, non ſcripto, ut malè nonnulli, ſed ſtricto. Hæc Græcis ἐπιείκεια dicitur, noſtris etiam æquum & bonum, humanitas, benignitas: & ab Ariſtotele *5. Eth.* 10. definitur ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου δικαίου, *juris legitimi correctio*. Cujus uſu elucet cum in verbis legis ex ſententia extendendis & ad caſus ſimiles producendis, ubi lex minus ſcripſit, plus voluit; tum in verbis reſtringendis, ubi ex ſententia conſtat plus ſcripſiſſe legiſlatorem, minus voluiſſe: maximè verò in benigna legum interpretatione, earumque ad ſingulas facti ſpecies accommodatione; tali tamen, quæ ab expreſſa & manifeſta legiſlatoris voluntate non recedat. Huc pertinet *l. 10. & ſeqq. de leg.* item *l. 17. & multæ ſeqq. eod.* Atque hinc etiam peti poteſt conciliatio *l. placuit, C. de judic.* cum *l. 1. de leg. & l. proſpexit*, §. *1. qui & à quib. man. Gudelin. 5. de jur. nov. cap. 2. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 61. n. 3. & ſeqq.* Non eſt ergo æquitas hæc ſpecies juris civilis, ſed quid à jure civili diverſum, conſiſtens magis in arbitrio boni viri & judicis: unde & nonnunquam boni viri arbitratus & religio judicis appellatur. Quamobrem rectè Ariſtoteles *d. loc.* æquum & bonum comparat regulæ Lesbiæ, quippe cùm indefinitarum rerum & norma indefinita eſſe debeat, æquo & bono ita utendum eſſe ait, ut fabri cæmentarii & ſtructores utuntur norma Lesbia, quæ cùm plumbea ſit & flexibilis, eam ſtructuræ, cùm uſus eſt, accommodant, nec ſemper ad normam exigunt ſtructuram: quod Guil. Budæus initio *annot. prior.* opulentiùs explicat. Ea quæ de auctoritate communium opinionum hic diſputari ſolent, in medio relinquo. Unum dico, etſi non vile eſſe debet, quod plures ſentiunt, & id judicium integrius haberi, quod plurium ſententiis comprobatur: *Clement. 1. verſ. quod etiam de ſent. excom. l. 1. in pr. de off. quæſt.* non tamen uſque adeò valere debere, ut in manifeſto errore jus faciat, *arg. leg. 2. C. quæ ſit long. conſ. vid. Menoch. 1. præſumpt. 71. num. 24. & ibi citatos D. Diod. Tulden. hic c. 7. latè Oſvv. Hill. notas, in Don. lib. 26. c. 2.*

TEXTUS.

Ratio ſuperioris diviſionis.

10. *Et non ineleganter in duas ſpecies jus civile diſtributum eſſe videtur. Nam origo ejus ab inſtitutis duarum civitatum, Athenarum ſcilicet & Lacedæmoniorum, fluxiſſe videtur. In his enim civitatibus ita agi ſolitum erat, ut Lacedæmonii quidem ea, quæ legibus obſervabant, memoriæ mandarent: Athenienſes verò ea, quæ in legibus ſcripta comprehendiſſent, cuſtodirent.*

NOTÆ.

10. *Non ineleganter*] Nec admodum tamen eleganter, ut apparet ex iis, quæ Hotom. & Bachou.

Lacedæmonii.] Lacedæmonii ſcriptis legibus uſi non ſunt, atque una τῶν καλουμένων ῥητρῶν hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις, *ſcriptis legibus non uti*. Plutarch. *in Lycurg.*

COMMENTARIUS.

1. *Error Triboniani notatus.*

EXactis regibus cœpit populus Rom. incerto magis jure & conſuetudine uti, quàm lege lata: donec placeret publica auctoritate decem conſtitui viros, per quos peterentur leges à Græcis civitatibus. Itaque legati Athenas miſſi, qui inclytas Solonis leges deſcriberent, & aliarum civitatum Græcarum inſtituta, mores, juraque cognoſcerent, *Pomp. l. 2. §. exactis, ff. de orig. jur. Liv. lib. 3.* Hæ leges in 12. tabulis poſtea deſcriptæ leges decemvirales & 12. tab. ſunt appellatæ; fons omnis publici privatique juris, auctore eod. Livio. Ex quibus perſpicuum eſt, jus ſcriptum ſive leges Romanorum originem ſuam habere partim ex legibus, partim ex moribus Græcarum 1 civitatum, & inſigniter errare Tribonianum, qui jus ſcriptum Romanorum ab Athenienſibus, non ſcriptum à Lacedæmoniis acceſſit. Nam primùm malè confert leges non ſcriptas Lacedæmoniorum cum jure non ſcripto Romanorum. Neque enim Lacedæmoniorum leges fuere jus aliquod moribus introductum, quo ſenſu jus non ſcriptum hic accipi conſtat, & ſcripto, hoc eſt, legibus latis opponi: ſed leges propriè dictæ & expreſſim ſancitæ: quamvis eas non ſcribi, ſed in memoria conſervari voluerit legiſlator eorum Lycurgus. Secundò nec mores Lacedæmoniorum dici poſſunt originem dediſſe juri non ſcripto Romanorum, non magis quàm mores Athenienſium aut aliarum Græciæ civitatum, unde legati Roma miſſi leges petierunt. Nam non minùs mores, quàm leges horum populorum, deſcripti in illis, quas dixi, duodecim tabulis, lege decemvirali perlata, partem juris ſcripti Romanorum conſtituerunt.

TEX-

TEXTUS.

Diviſio Juris in immutabile & mutabile.

11. *Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræquè obſervantur, divina quadam providentia conſtituta, ſemper firma atque immutabilia permanent. Ea verò, quæ ipſa ſibi quæque civitas conſtituit, ſæpè mutari ſolent vel tacito conſenſu populi, vel alia poſtea lege lata.*

NOTÆ.

11. *Divina providentia.*] Quorum Deus inventor, diſceptator, lator, ut loquitur Cic. Intelligit ergo jus gentium primævum, quod nobis ingenitum; non ſecundarium, quod uſu exigente inventum.

Immutabilia.] Jus naturale ſemper & ubique juſtum eſt, & fuit: unde nec quod hoc jure prohibetur, juberi poteſt; nec quod jubetur, vetari. Grot. 1. *manuducti.* 2. addi tamen ei aliquid poteſt, aut detrahi, *l. 6. D. de juſt. & jur.*

Tacito conſenſu.] Non tamen novum jus longo uſu introduci poteſt; ſed id etiam, quod ante lege aliqua conſtitutum erat, contrario uſu abrogari, *l. 32. D. de legib.*

Alia poſtea lege lata.] Nam poſteriores leges ſemper potiores ſunt prioribus, *l. ult. D. conſtit. Princ. Harm. lib. 1. tit. 1.* Varro *lib. 8. de lingua: An non ſæpè veteres leges abrogatæ novis cedunt?*

COMMENTARIUS.

1. *Jus naturale ſeu jus gentium primævum immutabile eſſe, non item jus gentium ſecundarium, niſi proportionaliter.*
2. *Immutabilitatem illam præcipuè apparere in notionibus divinitùs animis hominum impreſſis, quod exemplis declaratur.*
3. *Leges civiles etiam conſuetudine contraria abrogari poſſe.*
4. *Expediatne leges aliquando mutari.*

EXpoſito jure tum naturali, cum civili, obſervataque utriuſque differentia in cauſis efficientibus, non incommodè hoc loco ſubjicietur alia quædam differentia, quæ in effectu cernitur.

Quaſi divina providentia conſtituta.] Hoc eſt, quæ ab incorrupta ratione, à ſimplici illa notitia mentibus noſtris divinitùs impreſſa, promanant. Jus quod nobiſcum natum eſt, non ab ho-
1 minibus excogitatum, cujus Deus eſt inventor, diſceptator, lator, ut loquitur M. Tullius *lib. 3. de repub.* Apud Xenophontem *lib. 4. memorab.* hujuſmodi jura θεῖοι νόμοι dicuntur. De jure igitur gentium primario, id eſt, eo, quod ſimpliciter naturale eſt, hæc accipienda ſunt; non de ſecundario, quod uſu exigente inventum. Nam diligenter diſtinguenda naturalia præcepta ab his, quæ pro certo ſtatu dumtaxat naturalia ſunt; jura multis populis ſeorſum communia ab his, quæ ſocietatis humanæ vinculum continent. Sic vetera gentium jura circa bella & res bello captas, circa incrementa fluminum, &c. multum mutata hodie videmus. Sed & multa, quæ jus naturæ non jubet, ſed permittit tantùm, communi conſenſu prohiberi poſſunt, uti factum circa omnia ferè ἀδιάφορα, de quo ſuo loco diſſeremus uberiùs. Sanè etiam jus gentium ſecundarium ἀναλόγως immutabile dici poteſt, utique multo difficilius tollitur, quàm jus civile.

Immutabilia] Jus naturale ſemper & ubique juſtum eſt & fuit: nec aliud hic, aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc eſt, aliud poſthac erit. Nam ut recta ratio inſita à natura & diffuſa in omnes conſtans eſt & ſempiterna, ita & quod ea præſcribit, ſemper atque ex ſe juſtum eſt atque immortale. Quamobrem nec quod hoc jure prohibetur, juberi poteſt, nec quod jubetur, vetari, ut rectè *Grot. 1. manud. 2.* & convenienter ei, quod ſcribit Juriſconſult. in *l. 6. de juſt. & jur.* jus civile *in totum à jure naturæ recedere non debere.* Nec eſt contrarium, quod Juriſconſult. addit, jus civile *non per omnia juri naturali ſervire, ſed*
plerumque ei addere aliquid aut detrahere. Nam 2
illa additio aut detractio nihil aliud eſt, quàm generalium juris naturæ præceptorum ad uſum moreſque civium & formam Reip. ſpecialis cum delectu accommodatio. Quod quamvis variis in locis diverſimodè fiat, atque etiam in applicando naturæ jura inflecti quodammodò videantur; immutabile tamen pertinet τὸ αὐτοδίκαιον, quod per ſe atque ex ſui natura juſtum eſt, vimque ſuam perpetuò retinent in obligandis conſcientiis anticipatæ in animis noſtris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc conſtantia atque immutabilitas præcipuè elucet. Covart. *de matr. p. 2. c. 6. §. 9. num. 7.* belle *Michael. Epheſ. ad 5. Ethic. Albert. Bolog. cap. 6. de leg. jure & æquit. §. 16.* Exemplis res fiet illuſtrior. Lex naturæ ita præſcribit; *Deum colito: Liberi poteſtati patris ſubjecti ſunto: Pacta conventa ſervato.* Hæc ſunt æternæ legis perpetua decreta, & quæ nullo jure civili abrogari poſſunt. Tantum in modo applicandi, de quo lex naturæ nihil definit, varietas aliqua apparet, propter varietatem conſtitutionum civilium: ut ſcilicet hoc vel illo ritu externo adhibito Deus colatur: ut patribus in liberos vel eadem, quæ dominis in ſervos, poteſtas ſit, & quodcumque per filium acquiritur, id acquiratur patri, vel ut jus tantùm pater habeat filium modicè & ſine acerbitate caſtigandi, & contumacem expellendi domo: ut pacta etiam nuda efficaciter obligent, aut eam vim tantùm habeant veſtita, ut vulgo loquuntur. Ait Juſtinianus, nihil tam conveniens eſſe æquitati naturali, quàm voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi, *§. per traditionem, 40. inſ. de rer. div.* At lex civilis occurrens temerariæ hominum liberalitati, cujus eos mox pœnitere poſſet, modum huic rei in donatione præſcripſit, eamque donatio-

Digitized by Google

nationem, quæ quingentos ſolidos excederet, non aliter raram eſſe voluit, quàm ſi actis ſit inſinuata, §.2.*inſ.de donat.* Hoc, inquam, facto non mutuatur jus naturale, ſed adjuvatur, dum propter utilitatem civium (quò legislatores omnes ſpectant, tametſi non idem ſemper conſtituant) aliquid ei adjicitur; aut ſi mavis, detrahitur, reſpectu ſcilicet præcepti generalis. Atque hoc eſt, quod DD. noſtri ajunt, jus naturale *modificari, declarari, & proviſionibus adjuvari poſſe:* ſic enim loqui amant *Io. Fab. Ang. & alii ad hunc* §. Sexcenta ejuſdem generis exempla afferri poſſent) occurrunt enim in omnibus ferè partibus juris civilis) ſed hæc pauca è multis tetuliſſe, puto rei declarandæ ſufficere. Illud etiam ſciendum eſt, eſſe quoſdam quaſi gradus principiorum practicorum & præceptorum naturæ, ac nonnunquam uſuvenire, ut inter ſe hæc concurrant & invicem obſtent, verbi cauſa; Lex naturalis eſt; *Non occides*, & altera ejuſdem generis ſed momenroſior, quæ ſui defendendi cauſa permittit aggreſſorem occidere. In hoc concurſu lex inferior ſuperiori cedat neceſſe eſt. *Vveſemb. paratit. de juſt. & jur. n. 15.*

3 *Tacito conſenſu*] Quamobrem non tantùm jus novum longo uſu introduci poteſt, ſed etiam id, quod ante lege aliqua conſtitutū erat, contrario uſu abrogari. Atque hoc omnino conſequens eſt rationi Juliani, qui in *l. de quibus 32. de legib.* nihil intereſſe ſcribit, ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis & factis. Ex eodem loco etiam hoc colligitur, quod ſupra diximus, ceſſante jure ſuffragii non tantùm ceſſare jus populi in lege palam ferenda, verùm etiam in conſuetudine, contra jus à ſuperiore conſtitutum introducenda; quoniam ejus ſolius eſt legem tollere, cujus eſt condere, ita cape *l.2.C. quæ ſit long. conſ.* aut de conſuetudine alicujus municipii, *fac. l. 3. §. Divus 5. ff. de ſepulch. viol.*

Alia lege lata] Expediatne leges mutare, aut quando expediat, politicæ diſquiſitionis eſt: cujus tamen quæſtionis deciſionem ſuggerit Ulp. in l. 2. *de conſt. princ. In rebus*, inquit, *novis conſtituendis evidens eſſe utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum viſum eſt.* Eaque conſentiens eſt politicorum omnium ſententia *Plato lib. 7. de legib. Ariſtot. 2. pol. 6. in fin. Bodin. 4. de rep. 3. Lipſ. 4. pol. 9. Conan. 1. comm. 2.*

Textus.

De objectis juris.

12. *Omne autem jus, quo utimur, vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et priùs de perſonis videamus: nam parum eſt jus noſſe, ſi perſonæ, quarum cauſa conſtitutum eſt, ignorentur.*

Notæ.

12. *Vel ad perſonas, &c.*] Diſtributio ex objectis ad finem juris obtinendum accommodata, ex *l.1. D. de ſtat. hom.* Omne jus redditur perſonis de rebus per actiones & judicia. M. VV.

Commentarius.

Hoc §. tranſitus fit à jure conſtituente ad jus conſtitutum, & methodica quædam via, pro materiæ diverſitate, circa quam illud verſatur, ad hujus cognitionem ſternitur, præeunt Cajo in *l.1. de ſtat. hom.*

Vel ad perſonas &c.] Diſtributio ex objectis, ut apparet, ad finem juris obtinendum accommodata. Finis juris, quod jam ſæpè diximus, eſt ſuum cuique tribuere. Ut autem hunc finem conſequamur, neceſſe eſt primùm ſcire, quid ſit ſuum cujuſque; deinde qua ratione, ſi id ultro non præſtetur, ab invito obtineamus. Cognitio ejus quod cujuſque eſt, vel ex perſona ſumitur, vel ex rebus; ex jure, quod quiſque vel conditione & ſtatu perſonæ ſuæ habet, vel ratione rerum externarum. Conditione perſonæ multum inter ſe homines differunt: alii enim liberi ſunt, alii ſervi liberorum, alii ingenui, alii libertini; alii paterſamilias, alii filiifamilias, patrūfamilias, alii in tutela, alii in curatione, alii in neutro eorum. Ac pro diverſis hujuſmodi qualitatibus diverſo quoque jure in civitate cenſentur; quod quia ſtatum ac conditionem perſonæ ſequitur, jus perſonarum appellatur: deque eo deinceps hoc primo libro diſputabitur. In rebus externis quod cujuſque eſt, id aut eſt jus reale, nempe dominium aliudve in rem aliquam jus; aut perſonale dumtaxat, uno nomine obligatio ſive creditum. Illud D. Grotio eſt *Behering.* hoc *Inſchuld. 1. manuduct. c. 1. & 2. c. 1. circa fin.* Nimirum ergo huc pertinent non tantùm modi acquirendi dominii aut juris alicujus in rem dominio proximi, modi acquirendi res ſingulas aut per univerſitatem: ſed etiam modi contrahendarum & acquirendarum obligationum, & contra etiam horum omnium amittendorum aut infirmandorum ac diſtrahendorum rationes, agiturque de hoc jure *lib. 2. 3.* & parte quarti uſque ad *tit. de actionib.* Obtinendi utriuſque juris ratio eſt in actionibus, hoc eſt, juris noſtri perſecutionibus, ſive id fiat in judicio, ſive extra judicium auctoritate magiſtratus, quod argumentum ultimo tractatur loco.

TITULUS TERTIUS.

DE JURE PERSONARUM CONTINUATIO.

Conc. Tit. 5. Lib. 1. Dig.

Quid hìc perſona, quid ſtatus & jus perſonæ.

IN calce præcedentis tit. propoſita fuit ſeries & diſpoſitio ſummarum partium, quæ deinceps hoc libro & ſequentibus ſingulorum tractatur. Initium fit à perſonis, quarum cauſa cętera conſtituta ſunt. In ff. titulus ejuſdem planè argumenti inſcribitur de *ſtatu hominum*. Unde intelligimus perſonam hic non qualitatem civis, ſed hominis deſignare, aut potiùs hominem ſimpliciter: eamque appellationem tam ſervo competere, quàm homini libero: ſicut & in jure paſſim etiam ſervo tribuitur, *l. 3. pr. ne quis eum qui in voc. l. poteſtatis de verb. ſign. l. 22. de reg. jur.* Item jus perſonæ hic eſſe, quod ſtatum & conditionem perſonæ ſequitur: nam ſtatus ipſe eſt perſonæ conditio, aut qualitas, quæ efficit, ut hoc vel illo jure utatur; ut eſſe liberum, eſſe ſervum, eſſe ingenuum, eſſe libertinum, eſſe alieni, eſſe ſui juris. Itaque ſtatus rationem cauſæ, jus effecti habet.

TEXTUS.

Prima diviſio perſonarum

Summa itaque diviſio de jure perſonarum hac eſt, quòd omnes homines aut liberi ſunt, aut ſervi.

NOTÆ.

Jure perſonarum] In ff. *de ſtatu hominum*, ſtatus rationem cauſæ, jus effecti habet, ſtatus eſt ipſa perſonæ conditio, jus, quod hanc conditionem ſequitur.

Summa diviſio] Id eſt, prima & principalis, vel generaliſſima, *πρώτη καὶ ἀκροτάτη. 45. Baſil. tit. 1.*

Liberi aut ſervi] Ex *l. 3. D. eod.* Adſcriptitios, de quibus *lib. 11. Cod* alii in liberorum, alii in ſervorum numero ponunt.

COMMENTARIUS.

1. *Adſcriptitii cujus conditionis habendi, & n. 3.*
2. *Servi diverſo reſpectu ad primum & ſecundum juris objectum pertinent.*

1 S*Umma*] id eſt prima & principalis, vel etiam generaliſſima: nam reliquæ ſunt ſecundariæ aut ſpeciales. De agricolis & adſcriptitiis quæri ſolet, quibus comparandi? Et quod in re non diſſimili reſpondet *Ulp. in l. 10. hoc tit.* etiam hic reſponderi poteſt, ejus conditionis æſtimandos eſſe, quæ in eis prævalet. Non enim una agricolarum colonis addictorum conditio fuit. Quidam eorum cenſiti erant, quidam non cenſiti: hi coloni, illi fère adſcriptitii dicebantur. Adſcriptitii quaſi ſervi erant, peculiumque eorum ad dominum pertinebat: coloni liberi, ut coloni Palæſtini, Thracenſes, Illyricani, de quibus proprii *tit. lib.* 11. C. Adſcriptitii tributarii erant, id eſt, capitis cenſum ſive capitationem præſtabant: coloni non erant tributarii, redditus tamen certos pro ſolo domino terrę ſolvebant. Conſule *Cujac. ad tit. C. de agric. & cenſ. Greg. Tholoſ. 13. ſynt.* 10. & omninò *Chriſtin. vol. 5. deciſ. 86. & ſeq.*

Servi] Videmus igitur & hìc in *l. 3. cod.* unde hæc ſumpta, non ſolùm liberos, ſed etiam ſervos ad primum juris objectum referri, videlicet 2
ad perſonas. Atqui ſervi non minùs in dominio noſtro & in commercio ſunt, quàm reliqua, quæ in bonis habemus, adeòque quadrupedibus eos exæquat Gajus in *l. 2. §. 2. ad leg. Aquil.* Unde effici videtur, ut ſervi non ad perſonas, ſed ad res referri debeant, non ad primum, ſed ad ſecundum juris objectum. Sed nimirum duplex eſt ſervi conſideratio, qua res, quæ in commercio eſt, ut & reliquæ res noſtræ; & qua perſona, quatenus puta cognatus dicitur, *l. 14. §. 2. & ſeq. de rit. nupt.* quatenus liber fieri, hæres inſtitui, &c. contrahere, & dominum de peculio obligare, ipſe iterum naturaliter obligari & alios ſibi obligare poteſt, *l. 14 ff. de oblig. & act.* Prout igitur conſideratur, ita vel ad primum vel ad ſecundum objectum pertinet.

In hiſce & pleriſque aliis Chriſtiani orbis pro- 3
vinciis quamvis nulli ampliùs ſervi ſint; reperiuntur tamen adhuc homines conditionis adſcriptitiæ, ſive ruſticani glebæ addicti & quaſi proprii illius loci, cui adſcripti ſunt; ut in Hannonia, teſte D. Gudelino 1. *de jur. nov.* 5. in Burgundia & multis partibus Galliæ. Hi enim ſunt quos vocant, *Gens de main morte, homines manus mortuæ*, de quibus *Chaſſ. de cenſu. Burg. rubr.* 9. §. 17. Germania quoque ejuſdem conditionis homines habet, quos appellant *proprios*, & libertis magis ſimiles eſſe, quàm mancipiis, ſcribit D. Viglius ad §. *ſed cum aliquis inſ. de teſt. ord.* Chriſtin. Latinis colonis eos comparat *d. dec. 86. n.* 18. Sed vide Zaſ. *lib. 1. ſing. reſp. c. 3. n. 75. & ſeqq. & lib. 2. c. 7. n. 8. Gail. de pignorat. cap.* 8.

TEXTUS.

Definitio libertatis.

1. *Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) eſt naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, niſi ſi quid vi aut jure prohibetur.*

N

Notæ.

1. *Ex qua liberi*] Non ex vocabulo, ſed ex re ipſa, quæ vocabulo ſubeſt. Definitio hæc Florentini eſt, *l.4.D.eod.*

Facere libet] Effectus libertatis eſt, facere quod libet; eſt enim poteſtas vivendi, ut velis. Cic. *in Paradox.* Ariſtot. 1.pol. 9. Zeno apud Laert. breviter, ἐξουσία αὐτοπραγίας, *poteſtas pro jure ſuo agendi.*

Si quid vi] Finge nos vinciri, uſu rerum noſtrarum vi prohiberi, &c. hæc facultatem quidem faciendi impediunt, libertatem autem non minuunt.

Iure] Οὐ γάρ δεῖ δουλεία τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολιτείαν. Ariſtot. 1.*pol.* 6.*Legum idcircò omnes ſervi ſumus, ut liberi eſſe poſſimus.* Cic. *pro Cluent.* Indicat hanc exceptionem illud Perſianum: *Excepto ſi quid Maſuri rubrica vitavit.*

Commentarius.

Ex *qua etiam liberi*] Non ex vocabulo, ſed ex re ipſa, quæ vocabulo deſignatur. Effectum à cauſa, concretum ab abſtracto. Auctor hujus definitionis eſt Florent. *in lib.* 4. *hoc tit.*

Cuique facere libet] Differentia ab effectu ſumpta. Effectus libertatis eſt, facere quod libet: eſt enim *poteſtas vivendi, ut velis*, teſte Cicerone in *Paradox & 1.off.* à Zenone apud Laert. breviter definitur ἐξουσία αὐτοπραγίας, poteſtas pro jure ſuo agendi. Cæterum quia hæc poteſtas partim vi impediri poteſt, partim legibus circumſcripta eſt, additur exceptio, *niſi quid vi aut jure, &c.* qua exceptione ſignificatur, duabus rebus, quominùs faciamus, quod lubet, nos impediri, vi & jure; neque tamen eò minùs liberos eſſe. Finge igitur nos uſu rerum noſtrarum vi prohiberi, finge vinciri; facultatem faciendi hæc impediunt, libertatem non imminuunt. Sed neque eò minùs ſua cuique conſtat libertas, quòd quædam facere legibus prohibemur: nam quæ cum legibus & bonis moribus pugnant, ea ne facere quidem nos poſſe credendum eſt, ut præclarè noſter Papinian. *l.filius 15.de cond.inſt.* Et divinè M. Tullius in Cluentiana; *Legum*, inquit *idcircò omnes ſervi ſumus, ut liberi eſſe poſſimus.* Cui ſimile illud Ariſt. 1.*pol.* 9. Οὐ γάρ δεῖ δουλεία τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολιτείαν. Nimirum legis imperium non eſt δεσποτικὸν, ſed πολιτικόν. Quapropter obedientia, quæ legibus ultrò præſtanda, ut omnibus libertas ſit incolumis, non pugnat cum libertate, ſed eam tuetur; quamvis coerceat atque in gyrum rationis actiones cohibeat, ne licentiùs evagentur; ut benè D. Vveſemb. *hic, & D. Tulden.c.2.*

Textus.

Definitio ſervitutis.

2. *Servitus autem eſt conſtitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubjicitur.*

Notæ.

2. *Conſtitutio*] Id eſt, res gentium conſtituta, cauſa pro effectu: ſic theſaurus dicitur depoſitio pecuniæ, *lege 31.§.1.D.de acq.rer.dom.* pro *pecunia depoſita.*

Dominio alieno] Unde Zenoni apud Laert. ſervitus definitur στέρησις αὐτοπραγίας.

Contra Naturam] Contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt à natura, *lege 3. D. de juſt. & jur. lege 32.de reg.jur.* φύσει γὰρ οὐδεὶς δοῦλος ἐγεννήθη ποτέ. Philiſt. Liberos & ſervos à natura procreari diſputat Ariſtot. 1.*pol.* 3.& 4. ſed alio ſenſu, nempe ingenio ſtupidos, & corpore robuſtos à natura productos videri ad ſerviendum iis, qui ingenio valent, miniſterio ſcil. œconomico. D. Heinſ. *in Epiſt. ad Georg. Richt.*

Commentarius.

Conſtitutio *juris gentium*] Cauſa pro effectu, res jure gentium conſtituta, non ordinatio aut pars conſtituens. Tropus in hujuſmodi verbalibus non inuſitatus: ſic enim & theſaurus dicitur depoſitio pecuniæ, *l. nunquam* 31. §. 1. *de acq.rer.dom.* pro pecunia depoſita. Apud Laertium à Zenone definitur ſervitus, στέρησις αὐτοπραγίας.

Contra naturam] Hoc eſt, contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt à natura. Nam ſervi natura, id eſt, citra factum humanum, aut primævo naturæ ſtatu nulli ſunt, *leg. 4. de juſt. & jure d. l. quod attinet. de reg. jur.* quamquam juſtitiæ naturali non repugnat, ex pactione aut delicto ſervum fieri. Quod verè Ariſtoteles *l. 1.pol.* ſcribit ſervos quoſdam naſci & natura eſſe, eo nihil aliud ſignificat, quàm quoſdam, nempe ingenio tardos ac ſtupidos, corpore autem robuſtos, in hunc finem à natura productos videri, ut aliis, qui ingenio & ratione valent, ſerviant, ſubjectione ſcilicet œconomica, ad miniſteria domeſtica explicanda; qua de re copioſè & acutè diſſerit Clariſſ. Heinſius in *epiſt. ad Georg. Richterum.*

Textus.

Servi & mancipii etymologia.

3. *Servi autem ex eo appellati ſunt, quòd Imperatores captivos vendere, ac per hoc ſervare, nec occidere ſolent; qui etiam mancipia dicti ſunt, eò quòd ab hoſtibus manu capiuntur.*

Notæ.

3. *Imperatores*] Non intelligit Principes Ro-

Digitized by Google

Romanos, ſed στρατηγὰς, belli duces, τῶν πολέμων ἡγεμόνας, ut rectè vertit Theoph.

Servare] Eadem ratio nominis redditur in *lege 4. §. 2. D. hoc tit. lib. 239. §. 1. D. de verb. ſign.* ab Auguſtin. 19. *de civ. Dei* 15. Servabantur διὰ τὴν ἐλπίδα τῆς πράσεως, ut eſt in *Baſilic.*

Manu capiuntur] Hæc notatio ſi vera eſt, dicendum erit hoc nomen ad res cęteras translatum eſſe.

COMMENTARIUS.

1. *Captos jure belli quovis tempore occidi poſſe, non tamen ſalva interna juſtitia.*
2. *Sigonius & Bachovius notati.*
3. *Iura de captivis à gentibus introducta, ut captores libentiùs abſtinerent à ſummo jure, quo captos interficere poterant.*
4. *Captivitatis jura in bello cum Mahumetanis adhuc ſervari: inter Chriſtianos autem morem eſſe, ut captos liceat redimere.*
5. *In his regionibus ſervos adeò nullos agnoſci, ut etiam illi, qui aliunde huc cum dominis veniunt, liberi fiant.*

EX *eo appellari*] Eadem ratio nominis redditur à *Florent. l. 4. §. 2. hoc tit. Pomp. pupillus* 139. §. 1. *de verb. ſign. Auguſtin.* 19. *de civ. Dei* 15. Notat hinc *Alciat. in d. l.* 1. 9. *de verb. ſign.* eumque ſecuti *Mynſ. & Schneid. hic*, non licere hoſtem, poſtquàm captus eſt, ſeque dedidit, occidere, ſed tantùm arma adhuc tenentem, neque ſe volentem dedere. In dedititium autem ſęvire nefas eſſe, neque id bonos Imperatores unquam permiſiſſe; quamvis plerique ſtatuant, etiam poſtquàm captus eſt, ſeſeque dedidit, hoſtem jure occidi poſſe, donec intra præſidia noſtra deductus ſit: quia alioqui multa adhuc accidere poſſunt, ut iterum evadat, *arg. l. in laqueum*
1 55. *de acq. rer. dom.* Accuratiùs autem hac de re diſputat *D. Grot. lib. 3. de jur. bel. c. 4.* ubi multis adductis auctoritatibus, oſtendit jure belli licere captos occidere, & quovis tempore licere, & eos, qui ſe dedere volunt, nec recipiuntur, imò & deditos ſine ulla conditione. Cùm autem ſcriptores dicunt id belli jure licitum eſſe, non intelligi tale jus, quod actum omni culpa liberet, ſed facti impunitatem, ut ſi fortè qui ſupplicem aut ſe ultro dedentem interfecerit, in alio territorio deprehendatur, tanquam homicida puniri non poſſit, nec bellum ipſi ab alio talis facti nomine inferri. Cæterùm etſi impunè id fiat, laudabile tamen natura eſſe, actumque hujuſmodi carere interna juſtitia, quoniam excedit modum lædendi naturaliter conceſſum: ideòque nec in foro animæ excuſatum eſſe. Hinc Auguſtinum meritò laudare Gothos, quòd ſupplicibus & in templa perfugientibus pepercisſent, *illicitum ſibi eſſe judicantes, quod belli jure fieri licuiſſet, lib. 1. de civ. Dei cap. 2.* De illo inter omnes convenit, eos, qui vitam ſalvam pacti, ſive in fidem recipiuntur, nec exteriori jure trucidari licere. Porrò de temperamento circa jus interficiendi in bello captos adi eumd. *Grot. d. lib. 3. cap. 11. & 14.* nonnulla etiam habet D. Tulden. *comm. ad Inſt. tit. de his qui ſui vel alien. jur. c. 3.*

Imperatores] Non intelligit Principes Ro- 2
manos, ſed στρατηγὰς, belli duces τῶν πολέμων ἡγεμόνας, ut rectè vertit Theoph. Quod hic ex Sigonio notat Bachovius, Imperatores dictos ab imperio militari, hoc eſt, jure belli gerendi, verum quidem eſt: Cæterum quod ex eodem Sigonio adiicit, hoc imperium militare magiſtratu ſeorſum lege Curiata dari ſolitum, falſum eſt. Nam lex Curiata omnibus omnium annorum patriciis magiſtratibus neceſſaria erat, non ad aliquod adventitium rei militaris imperium obtinendum, ſed ad confirmationem ſui magiſtratus, ut religio auſpiciorum, quæ propriè & præcipuè in Curiarum ſuffragiis inerat, retineretur; quod vel ex una *orat. 2. in Rull.* intelligi poteſt, *vid. Gruch. lib. 3. de comit. & in refut. poſt. diſp. Car. Sigon.* ubi multis teſtimoniis ex antiquitate petitis oſtendit, conſules & prætores poteſtatem adminiſtrandæ rei militaris jure ſui magiſtratus habuiſſe.

Vendere ac per hoc ſervare ſolent] Non quòd hoc facere quaſi ex pactione captores cogerentur, ſed quia hoc ſuadebant commoda, quæ captivos ſervantem gentium item jure ſequebantur: nempe διὰ τὴν ἐλπίδα τῆς πράσεως, ut eſt in Baſilic. quo pertinet illud Horatii;

Vendere cum poſſis captivum, occidere noli.

Cæterum, ut ait Seneca in *Troad.*

Lex nulla capto parcit, aut pœnam impedit. 3

Et Centurio Cæſarianus Scipionem alloquens apud Hirtium *de bell. Afric. Tibi*, inquit, *gratias ago, quòd mihi vitam incolumitatemque belli jure capto polliceris.* Similiter Cæſar Hæduis ſignificat, ſuo beneficio ſervatos, quos *jure belli* interficere potuiſſet, *lib. 7. comm.* Plura ejuſmodi reperies apud *D. Grot. d. lib. 3. cap. 4.* vid. tamen eumdem *d. lib. 3. c. 11. & 14.* ubi docet, quid hic victori liceat ſecundùm juſtitiam internam. Non fruſtra autem jura iſta in captivos ſervatos à gentibus introducta exemplo bellorum civilium intelligi poteſt, in quibus plerumque videmus captos interfectos, quia in ſervitutem redigi non poterant, *l. ſi quis* 21. §. 1. *de capt. & poſtlim.* quod & Plutarchus notavit *in vita Othon.* & Tacitus *lib. 2. hiſt.*

Manu capiuntur] Hæc notatio ſi vera eſt, dicendum erit, hoc nomen ad res cæteras translatum eſſe. Nam mancipium teſte Iſidoro 8. orig. 4. veteribus dicebatur, quicquid manu capi ſubdique poteſt, ut homo, equus, ovis: adeòque omne, quod per æs & libram fiebat, in quo erant res mancipi, teſte Varrone *in fin. lib. 6. de ling.* Poſtea receptum, ut & prædia inter res mancipi referrentur, *Vlp. tit.* 19.

In Luſitania aliiſque Hiſpaniæ partibus, & 4
non-

nonnullis aliis regionibus, quæ Turcis aut Scythis vicinæ ſunt, vetera captivitatis & belli jura adverſùs Mahumetiſtas adhuc exercentur; qui eadem acerbitate & Chriſtianos tractant, quos bello capiunt. Ac mos eſt captos ſervos permanere, etiamſi religionem Mahumetis ejuraverint, eò quòd ſervum eſſe non adverſetur legi Divinæ, *1. ad Corinth. 7. 21. Deuteron. cap. 15. Exod. 21. Levit. c. 25.* ubi de formis ſervitutis apud Hebræos, add. *Bodin. 1. de repub. c. 5. Connan. 2. comm. 1. circa fin.* Inter Chriſtianos autem jus iſtud gentium de captivis non obſervatur, apud quos licèt res aliæ ex hoſtibus captæ capientibus acquiruntur, homines tamen capti ſervi capientium non fiunt, nec vendi poſſunt, aut ad operas urgeri, aliave patienda, quæ ſervorum ſunt. Quippe Chriſtianos lex charitatis rectiùs inſtituere debuit, quàm ut à miſeris hominibus interficiendis abduci nequirent, niſi minoris ſævitiæ conceſſione. Atque hoc à majoribus ad poſteros pridem tranſiiſſe ſcripſit Gregoras, nec eorum fuiſſe proprium, qui ſub Romano imperio viverent, ſed commune cum Theſſalis, Illyriis, & Triballis, & Bulgaris. Et quod hac in parte Chriſtiani, idem & Mahumetiſtæ inter ſe ſervant. Manſit tamen etiam inter Chriſtianos mos captos cuſtodiendi, donec pretio redimantur, cujus æſtimatio in arbitrio victoris eſt, niſi certi aliquid convenerit: nam pactum ſemel pro redemptione pretium victor augere non poteſt, *Guid. Pap. quæſt. 113.* Humanitas etiam docet, non ultra intendi debere, quàm deducto ne egeat captus rebus neceſſariis: quandoque pactis hoc definitur, ut nunc inter milites menſtruo ſtipendio. Jus autem captos ſervandi ſolet concedi ſingulis, qui ceperunt, extra perſonas eximiæ dignitatis: in has enim reipub. aut ejus capiti jus dant plerarumque gentium mores, teſtib. *Bart. & Bald. in l. nam & Servius, de neg. geſt. Boer. deciſ.* 178. *Grot. lib. de jur. bell. c. 7. num. 9.* Porrò in hiſce regionibus ſervos planè nullos habemus aut agnoſcimus, adeò ut judicatum ſit à ſummo Concilio, quod eſt Mechliniæ, etiam eos ſervos, qui in Hiſpaniam empti cum dominis ſuis in has partes veniunt, in libertatem proclamari poſſe, liberoſque fieri, ſive libertatem iis, quamdiu hic ſunt, juriſdictione defendi. In Gallia quoque ſervos, licèt peregrinorum, ut primùm regni fines penetraverint, eodem momento liberos fieri, exempla rerum judicatarum oſtendunt, *vid. Bodin. 1. de rep. 5. Lud. Charond. es Pandect. du droict. Franc. lib. 2. cap. 2. Gudelin. 1. de jur. nov. 4. Franciſc. Zypæum lib. 3. c. 2. nu. 11. & ſeq. Chriſtin. vol. 4. deciſ.* 80. *num. & ſeqq. Grænevv. de ll. abr. ad h. t.*

Textus.

Quibus modis ſervi conſtituuntur.

4. *Servi autem aut naſcuntur, aut fiunt; Vinnius in Inſtitut.* *naſcuntur ex ancillis noſtris: fiunt aut jure gentium, id eſt, ex captivitate, aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum ſeſe venundari paſſus eſt.*

Notæ.

4. *Naſcuntur ex ancillis*] Ex Marcian. *lege 5. §. 1. eod.* Hi vernæ prudentibus dicuntur, de quo nomine vid. Feſt. & Nonium. Eodem autem jure ex ancillis nati ſervi ſunt, quo ſata cedunt ſolo; mater enim ſolo comparatur, vis patris ſato I. Cujac.

Iure civili] Etſi ſervitus ex jure gentium originem habent, ſunt tamen modi quidam conſtituendæ ſervitutis etiam jure civili inventi, unus hic exprimitur, alios reperies apud Accurſ. & Hotom.

Pretii participandi] Modò & partem pretii verè acceperit, *l. 1. quib. ad lib. procl. non licet*, & gnarus conditionis ſuæ, *l. 2. ſi lib. ing. eſſe dic.* venditus ſit ignoranti conditionem venditi, *lib. 7. §. 1. D. de libr. cauſ.* Accurſ.

Commentarius.

1 *Cur ad natos ex ſervo ventre dominium porrectum.*
2 *Quibus modis jure civili ſervi fiebant.*
3 *Si quis ſpontanea ſubjectione ſe in ſervitutem det.*

Ex *ancillis noſtris*] Non ipſi tantùm, qui capiuntur, ſervi fiunt; ſed & poſteri in perpetuum: nempe qui ex matre ſerva naſcuntur. 1
Et hoc eſt, quod Marcianus dicit, jure gentium ſervos noſtros fieri, qui ex ancillis noſtris naſcuntur, *l. 5. §. 1. hoc tit.* Placuit autem ad natos dominium ideò porrigi, quia alioqui ſi ſummo jure captores uterentur, illi ipſi naſcituri non erant. Cui conſequens eſt, ut nati ante calamitatem, niſi & ipſi capiantur, ſervi non fiant. Ideò autem natos maternæ eſſe conditionis gentibus placuit, quia ſerviles concubitus nec lege nec certa cuſtodia erant conſtricti, itaut nulla ſufficiens præſumptio patrem indicaret. Atque ita capiendum Ulpiani illud: *Lex naturæ hæc eſt, ut qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, matrem ſequatur, l. lex naturæ 24. hoc tit.* id eſt, lex conſuetudinis generalis ab aliqua ratione naturali ducta: quomodò juris naturalis vox abuſione quadam interdum ſumitur.

Iure civili] Etſi ſervitus eſt ex jure gentium 2
ſunt tamen nonnulli modi ſervitutis conſtituendæ ex jure civili. Unus hic exprimitur; ſed plures fuiſſe conſtat: huc enim pertinent, qui ſervi pœnæ afficiebantur atrocitate ſententiæ, quorum crebra in liberis noſtris mentio. Item qui liberti ob ingratitudinem damnati patrono in ſervitutem traduntur, *§. 1. inf. de cap. domin.* haud ſecus ac ingrati liberi revocantur

in poteſtatem parentum, *l. un. C. de ingrat. lib.* Erat ex Senatuſc. Claudiano alius libertatis amittendæ modus, ſi libera mulier, domino denuntiante, ſe ſervo alieno junxiſſet, de quo *inf. l. 3. tit. 13. Vlp. in fragm. tit.* 11. ubi & alium modum indicat, cùm incenſus aliquis veniſſet, quod explicat Cicero pro Cæcin. in extremo orationis, *Dionyſ. Halic. lib. 4. Sigon. lib. 1. de antiq. jur. civ. Ro. c.* 14. Denique etiam in nexos magna fuit creditorum poteſtas, nec herili admodum abſimilis, ad *Liv. lib. 2. & 8. Gell. lib. 20. c. 1. Mercen. 1. opin. 9. D. Salmaſ. lib. de mod. uſ. c. 18. & ſeq.* Cur igitur ſervi jure civili dicuntur incogniti? Nimirum quia in iis, quæ ſunt juris civilis pro nullis habentur, nullam eorum communionem habent.

Liber homo] Ingenuus ſcilicet & ſui juris, ut rectè monet Cujac. neque enim patroni aut patris jus hoc pacto libertus aut filius intervertere poſſint, quod & Ang. & Fab. hìc notant.

Pretii participandi cauſa] Modò & partem pretii verè acceperit, *l. 1. quib. proc. non lic.* Et gnarus conditionis ſuæ, *l. 2. ſi lib. ing. eſſe dic.* venditus ſit ignoranti conditionem venditi, *l. 7. §. 2. de lib. cauſ. vid. Gloſſ.*

Venũdari paſſus ſit] Venditorem ſubornabant hominem improbum & has partes fabulæ lucri alicujus gratia peragentem: ſimulabat is ſe ſuum ſervum vendere. Apud nonnullos uſitata fuit voluntaria in ſervitutem datio, ut apud Germanos, qui noviſſimo aleæ jactu de ſervitute contendebant, *victus voluntariam ſervitutem adibat*, ait Tacitus *de Morib. Germ.* Poſidonius autem Stoicus in hiſtoriis narrat, multos olim fuiſſe, qui ſuæ imbecillitatis conſcii ſponte ſe aliis in ſervitutem darent, ut domini quidem ipſis providerent de neceſſariis, ipſi verò operam viciſſim, quam poſſint, præſtarent. Quæ ſi res ita accipiatur in terminis naturalibus, nihil habet in ſe eximiæ acerbitatis, quoniam perpetua iſta obligatio compenſatur perpetua alimentorum certitudine, quam ſæpè non habent qui diuturnas operas locant: unde ſæpè accidit quod dixit Eubulus,

Ἔθέλει δ' αὐτῷ μισθοῦ παρ' αὐτοῖς καταμένειν
Ἐπιπείνων.

Quærunt autem hìc DD. poſſit ne quis apud nos perpetuò ſe obligare ad ſerviendum, aut operas ſuas locare, quæ ſervitutis quædam ſpecies videtur, nos autem ſervos non agnoſcimus. Reſpondens omnes, poſſe: ſed cùm facti hæc promiſſio ſit, ſolvendo id quod intereſt, promiſſorem liberari, *l. 13. §. 1. de re jud.* Adi de tota re *D. Grot. lib. 2. de jur. bell. c. 5.*

TEXTUS.

De liberorum & ſervorum diviſione.

5. *In ſervorum conditione nulla eſt differentia: in liberis autem multæ, aut enim ſunt ingenui, aut libertini.*

NOTÆ.

3. *Nulla differentia*] Servorum varia quidem miniſteria, una tamen conditio eſt, *l. 5. D. eod.* id eſt, omnes æquè ſervi ſunt, *πάντες γὰρ ὁμοίως δουλείας δοῦλοί εἰσιν*, nihilque intereſt natus quis, an factus ſervus ſit, etſi alius alii præſtat, juxta vetus proverbium, *δοῦλος παρὰ δοῦλον, δεσπότης παρὰ δεσπότην*, 1. *polit.* 4.

Multæ] Nam intereſt, utrùm quis natus, aut factus ſit liber, civis Romanus, an Latinus Junianus, paterfamilias, an filiusfam.

COMMENTARIUS.

1 *Liberorum nullum ampliùs diſcrimen eſſe.*
2 *Civium apud nos quæ diſtinctio.*

N*Vlla differentia*] Servorum una conditio eſt, *l. 5. in pr. hoc tit. οἱ δοῦλοι ἐν οὐδὲν εἰσιν.* Micch. Attaliata, id eſt, omnes æquè ſervi ſunt, nihilque intereſt, utrùm quis natus, an factus ſit ſervus. Planè opere & miniſteriis etiam ſervi inter ſe differunt, aliis enim honeſtior, ut atrienſibus, diſpenſatoribus, amanuenſibus; aliis minùs honeſta provincia mandatur, ut mediaſtinis, focariis, fornicatoribus, *l. 15. §. itaque prætor. 44. de in jur. l. 1. §. caupones naut. caup. ſtab.* ſed hoc cùm totum ſit arbitrii herilis, conditionem eorum non mutat. De variis ſervorum miniſteriis & officiis ſcripſit *Pet. Fabr. ſemeſtr. pag.* 155.

In liberis multæ.] Nam primùm intereſt, utrùm quis natus, an factus ſit liber, hoc eſt, utrùm quis ingenuus ſit, an libertinus: deinde utrùm qui liber factus eſt, civis Romanus ſit, an Latinus Junianus, aut dedititius: & porrò qui civis Romanus, ſuine juris ſit, an alieno juri ſubjectus: denique qui ſui juris eſt, ſitne in tutela vel curatione, an neutro eorum teneatur: quæ ſumma eſt eorum, quæ deinceps hoc primo libro, tractantur. Prima autem & ſecunda diſtinctio vix ullum ampliùs uſum habent. Nam cùm 1
libertinorum differentia à Juſtiniano ſublata ſit, & noviſſimo jure liberti etiam ingenuis exæper omnia (ſalvo licèt jure patronatus) exæquati; *Nov. 78. c. 1. & 2.* nullum hodie ſupereſſe videtur ne inter liberos quidem diſcrimen; utique reſpectu conditionis liberæ, nam quoad civitatis & familiæ jura adhuc differunt: & ſic temperandum exiſtimo, quod ſcribit D. Bachovius ad hunc locum, hodie de liberis rectè dici videri, nulla in eorum conditione & ſtatu differentiam eſſe. Apud nos ſanè cùm 2
nulli ſint ſervi, omnes ingenui dici poſſunt. Cæterum eſt generis nonnulla diſtinctio: alii enim nobiles ſunt, qui certis privilegiis atque immunitatibus gaudent, alii ignobiles ſive plebeii. Ex nobili patre nati & matre ignobili patrem ſequuntur, convenienter *l. cum legitimæ 19. hoc tit. Chriſtin. vol. 5. deciſ. 88. nu. 12.* Sed & Comitum ac Baronum liberi ex concubinis ſuſcepti pro nobilibus habentur. Diſtinctio autem inter eccleſiaſticos & ſæculares ſive laicos poſt

rece-

Digitized by Google

receptam apud nos religionem reformatam penè tota ſublata eſt, *D. Grot. lib. 1. manud. c. 14. & 15.* Sicubi adſcriptitii ſunt, ad eos manumiſſos jus *d. Nov.* 78. applicari poſſe, cenſet *D. Gudelin. lib. de jur. noviſſ. c. 6. in fin.* De variis hominum generibus adi Franc. Zypæum *in Ind. lib. 3. c. 2.*

TITULUS QUARTUS.
DE INGENUIS.
Conc. Tit. 14. Cod. Lib. 7.

S*Equitur* ſubdiviſionis ſupra poſitæ per definitionem partium explicatio; & primò ingenuorum hoc tit.

Textus.
De ingenui definitione.

Ingenuus eſt is, qui ſtatim ut natus eſt, liber eſt, ſive ex duobus ingenuis matrimonio editus, ſive ex libertinis duobus, ſive ex altero libertino, & altero ingenuo. Sed & ſi quis ex matre naſcitur libera, patre verò ſervo, ingenuus nihilominùs naſcitur, quemadmodum qui ex matre libera & incerto patre natus eſt: quoniam vulgò conceptus eſt. Sufficit autem liberam fuiſſe matrem eo tempore, quo naſcitur, licèt ancilla conceperit: Et è contrario ſi libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum, qui naſcitur, liberum naſci: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre eſt. Ex his illud quæſitum eſt, ſi ancilla prægnans manumiſſa ſit, deinde ancilla poſtea facta pepererit, liberum an ſervum pariat? Et Martianus probat liberum naſci: ſufficit enim ei, qui in utero eſt, liberam matrem vel medio tempore habuiſſe, ut liber naſcatur, quod & verum eſt.

Notæ.

Ingenuus] Antiqui ingenuos ſpuriis opponebant, & patricios initio appellabant, eò quòd patrem ciere poſſent. Liv. *lib.* 10. Cincius apud Feſt. in voce *Patritios*. Cæterum etiam jam olim, qui liberi nati erant, ingenuos dictos fuiſſe, ex Plauto in *Milit.* & *Pœnul.* conſtat, & aliàs quoque Latini ingenuum vocant, quod nativum eſt: quomodò Lucretius *ingenuos fontes*, Juvenalis *ingenuum tophum* appellat.

Statim ut natus] Ingenuus propriè eſt, qui nativam habet libertatem: eum tamen etiam, qui ingenuus pronuntiatus eſt, pro ingenuo accipere debemus; quia res judicata pro veritate habetur, *l. propen. D. de ſtat. hom.*

Matre libera] Quia qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, conditionem matris ſequitur, *l. ge 19. lege 24. D. de ſtat. hom.*

Quoniam vulgò conceptus] His verbis indicatur ratio, cur dicatur ex incerto patre natus. Hotom. pro *quoniam* legendum putat, *id eſt, qui* Theoph. πατέρα ὁ ἄδηλον ...

Martianus probat] Ex Martiano *l. 5. §. 2. & 3. D. de ſtat. hom.* totus hic locus ſumptus eſt. Is itaque liber naſcitur, qui ex matre aut conceptionis aut partus, aut medio tempore libera naſcitur, quod favor libertatis extorſit. Paul. *lib. 2. ſent. 24.* add. *l. 18. D. de ſtat. hom. l. 4. C. de pœn.*

Commentarius.

I*Ngenuus eſt is.*] Prima ſemper quæſtio eſſe debet de verbis, licèt de rebus potior ſit, auctore Platone *in Cratylo*; & Quintilianus *in proœm. lib.* 8. curam verborum, rerum vult eſſe ſolicitudinem. Antiqui ingenuos ſpuriis opponebant, & patricios initio appellabant: eò quòd patrem ciere poſſent, ut conſtat ex oratione P. Decii Muris apud *Liv. lib.* 10. & confirmat Cincius apud Feſtum in voce *Patricios*. Cæterum etiam eos, qui liberi nati eſſent, jam olim ingenuos appellatos fuiſſe, diſtinctos ab iis, qui facti erant liberi, oſtendit locus Plauti *in Milit.*

> *Quid? ea ingenua, an feſtuca facta è ſerva libera eſt?*

Et quod reſpondet Paleſtrio;

> *Vah, egone ut ad te ad libertina eſſe auderem internuncius,*
> *Qui ingenui ſatis reſpondere nequeas cupidis tuis?*

Eodemque ſenſu in Pœnulo Adelphaſium non ſemel *ingenua* dicitur. Atque hic hujus vocis apud Latinos uſus eſt etiam in aliis rebus, quæ à natura ſunt, & factitiis opponuntur. Sic enim Lucretius *ingenuos fontes*, Juvenalis *ingenuum tophum* appellat. Verba Juvenalis *ſatyra* 3. ſunt,

> *. . . Quanto præſtantius eſſet*
> *Numen aquæ, viridi ſi margine clauderet undas*
> *Herba, nec ingenuum violarent marmora tophum?*

Quo loco tophum nativum diſertè *ingenuum* vocat; nec ulla eſt translatio, contra quam exiſti-

mat Britannicus. Ingenuus igitur propriè eſt, qui nativam habet libertatem. Cæterum quia res judicata pro veritate habetur, etiam ingenuum accipere debemus eum, qui ingenuus pronuntiatus eſt, *l. antepen. de ſtat. hom.* Sed & jura ingenuitatis habent, ſalvo jure patronatus, qui jus aureorum annulorum à Principe impetraverunt, *tit. de jur. aur. annul.* & pleniſſimam ingenuitatem, qui à Principe natalibus reſtituti ſunt, *tit. de nat. reſt.* Hodie omnes liberi ex conſtitutione Juſtiniani *num.* 78. ingenui ſunt, ut hæc quæſtio, quæ olim propter prærogativas ingenuorum magni momenti erat, hodie nullius uſus ſit.

Matre libera] Partus extra nuptias conceptus matris conditionem ſequitur, *l. lex naturæ* 22. *de ſtat. hom. l.* 3. *C. ſol. matr.* Patrem ſequi non poteſt, quia nullum habere intelligitur, cùm is dumtaxat pater ſit jure civili, quem nuptiæ demonſtrant, *l.* 6. *de his qui ſui vel al. jur. l.* 5. *de in jus voc.* Quid ſi natus ſit ex ventre adſcriptitio? Placet adſcriptitium naſci, *l. de diutius* 21. *C. de agric. & cenſ. lib.* 11. In comitatu tamen Burgundiæ hoc non obſervatur, ſed natus ex manumortua & patre libero, aut manumortuo & matre ingenua, patris conditionem, non ventris, ſequitur, *Chriſtin. vol.* 5. *deciſ.* 88.

Quoniam vulgò conceptus] Ratio cur dicatur ex incerto patre natus, nimirum quia mater cum pluribus conſuevit. Hoc quidem de natis ex concubina dici non poteſt: ſed tamen nec hi patrem habere intelliguntur quoad ea, quæ ſunt juris civilis, & effecta juſti matrimonii, puta patriam poteſtatem, familiam, jura ſacrorum, *§. ſi adverſus inſ. de nup.*

Liberam naſci] *l.* 5. *§.* 2. *de ſtat. hom.* Is itaque liber naſcitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera naſcitur: quod partim ex ratione juris, partim propter favorem libertatis receptum eſt, *Paul. lib.* 2. *ſent.* 24. Poteſt & in univerſum hæc ratio dari, quòd is, qui in utero eſt, quoties commodo ejus agitur, pro jam nato habetur, *l.* 7. *pen. d. tit.*

TEXTUS.

De ſervitute ac manumiſſione facti.

1. *Quum autem ingenuus aliquis natus ſit, non officit ei in ſervitute fuiſſe, & poſtea manumiſſum eſſe: ſæpiſſime enim conſtitutum eſt, natalibus non officere manumiſſionem.*

NOTÆ.

1. *In ſervitute*] Aliud eſt in ſervitute eſſe, aliud ſervum eſſe; illud facti, hoc juris eſt. Servus eſt, qui juſtam ſervitutem ſervit; in ſervitute eſſe dicitur, qui cùm ſervus non ſit, pro ſervo habetur, ut Pamphila Terentiana in *Andria*. Sic quoque aliud eſt in libertate eſſe, aliud liberum eſſe; aliud in poſſeſſione eſſe, aliud poſſidere, *l.* 10. *§.* 1. *de acq. poſſ.*

Conſtitutum eſt] Plures extant hac de re conſtitutiones ſub *tit. C. de ingenuis manum.* & eò pertinet *l.* 21. *§.* 1. *D. de capt. & poſtlim.*

Natalibus] Theophil. τῇ εὐγενείᾳ, ingenuitati. Paul. *lib.* 5. *ſent.*

Non officere] Non inurere notam libertinæ conditionis.

COMMENTARIUS.

IN *ſervitute*] Aliud eſt in ſervitute eſſe, aliud ſervum eſſe. illud facti, hoc juris eſt. Sic aliud eſt in libertate eſſe, aliud liberum eſſe; aliud in poſſeſſione eſſe, aliud poſſidere, *l.* 10. *de acq. poſſ.* Servus eſt, qui juſtam ſervitutem ſervit: in ſervitute eſſe dicitur, qui cum ſervus non ſit, pro ſervo habetur, ut Pamphilia in Andria Terentii.

Natalibus] Id eſt, τῇ εὐγενείᾳ, ingenuitati ſive nativæ conditioni, quam non vitiavit falſa ſervitutis opinio. Plures extant hac de re conſtitutiones *ſub tit. Cod. de ingen. manum.* Atque huc pertinet, quod *Ulp. in l. ſi quis.* 21. *§. de capt. & poſtl.* ſcribit, bello civili captos & venumdatos, poſteaque manumiſſos, ſupervacuè à Principe repetere ingenuitatem, utpote quam captivitate illa non amiſerunt.

TITULUS QUINTUS.
DE LIBERTINIS.

Summa Tituli,

PArs altera ſubdiviſionis, quæ ad libertinos pertinet: qui quales ſint, unde originem ducant, quibus modis ad hanc conditionem perveniant, & de diverſa eorum qualitate, hoc Tit. diſputatur.

TEXTUS.

Definitio & origo libertinorum & manumiſſionis.

Libertini ſunt, qui ex juſta ſervitute manumiſſi ſunt. Manumiſſio autem eſt, de manu datio: nam quamdiu aliquis in ſervitute eſt, manui & poteſtati ſuppoſitus eſt: & manumiſſus liberatur à domini poteſtate. Quæ res à jure gentium originem ſumpſit: utpote cùm jure naturali omnes liberi naſcerentur, nec eſſet nota manumiſſio, cùm ſervitus eſſet incognita. Sed poſtquam jure gentium ſer-

vitus

Digitized by Google

vitus invaſit, ſecutum eſt beneficium manumiſſionis: & cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera eſſe cœperunt, liberi, & his contrarium ſervi, & tertium genus libertini, qui deſierant eſſe ſervi.

NOTÆ.

Libertini] Ex *l. 6. D. de ſtat. hom.* Apii Cæci temporibus & deinceps aliquamdiu libertini dicti non ipſi, qui manumittebantur, ſed ingenui ex his procreati, ut ſcribit Sveton. *in Claud.* poſtea ipſi manumiſſi libertini dici cœperunt, & ex his procreati ingenui. Liberti & libertini nomina ſic differunt. Liberti nomen ad jus patronatus reſpicit, libertini ad perſonæ conditionem, *l. 1. & ult. D. ſi ingen. eſſe dic.* Libertus & patronus relativa ſunt: libertinus & ingenuus contraria. Hotom.

Iuſta ſervitute] Id eſt, quæ revera ſervitus ſit, non opinione & errore tantùm, addit Theoph. *καὶ ἔννομον, & legitima*, quod non placet.

De Manu datio] Reponendum ex Florent. *de manu miſſio, id eſt, datio libertatis, leg. 4. D. de juſtit. & jur.* ut brevi ſermonis compendio noctetur & nominis definitio & rei.

Ingenuitatem] Hæc vox non eſt apud Ulp. *de l.* 4. neque eam agnoſcunt Cont. Cujac. Hotom. Vveſ. Theophil. & delendam cenſeo cum Bachov.

Communi Nomine] Apud Ulp. in *d. l.* 4. legitur, *uno naturali nomine:* ſenſus eſt, cùm omnes homines natura liberi eſſent, ut nomen rei conveniat.

Liberi] Id eſt, *ingenui.* Partem ſubdiviſionis in diviſione collocat, quod Ulpiano, à quo hæc ſumpta, familiare, *l. 5. D. de pact. l. 1. §. 2. D. de juſt. & jur.*

COMMENTARIUS.

L*ibertini ſunt*] Ex Cajo in *l. 6. de ſtat. hom.* antiquitùs libertinos dictos ſcribit eſſe Tranquillus *in Claud.* non ipſos, qui manumitterentur, *ſed ingenuos ex his procreatos.* Ex quo loco duo præterea colligas, nempe poſtea eos ipſos, qui manumitterentur, libertinos dici cœpiſſe, & qui ex his procreati eſſent, ingenuos. Notant hic plerique ex Laur. Valla *lib. 4. c. 1.* differentiam eſſe inter *Libertinus* & *Libertus*; illud eſſe relativum ingenui, hoc patroni: id eſt, voce *Libertinus* deſignari conditionem hominis ingenuitati ex adverſo oppoſitam; per *Libertus* autem ſignificari privatum quemdam reſpectum ad patronum, cujus libertus, non libertinus dicitur, qui manumiſſus eſt. Illud leviuſculum eſt, quod ibidem Valla notat, *Libertinus* eſſe adjectivum: *Libertus* ſubſtantivum.

Vinnius in Inſtitut.

Ex juſta ſervitute manumiſſi] Juſta, id eſt, quæ revera ſervitus ſit, nō opinione & errore tantùm. Aliquando & ſine manumiſſione dominorum ſervi libertatem recipiunt ex ſenatuſconſulto aut conſtitutione aliqua, exempla ſuppeditat *tit. ff. qui ſin. man. d. lib. perv. & tit. C. pro quib. ca. ſerv. pro præm. lib. ac.* Generaliùs itaque definiri potuiſſet; libertinos eſſe, qui deſierunt eſſe ſervi, ut in calce hujus text. ex Ulp. *l. 4. de juſt. & jur.* unde reliqua hujus loci deſcripta ſunt.

De manu datio] Reponendum ex textu Florentino, *de manumiſſio, id eſt, datio libertatis, d. l. 4. de juſt. & jur.* ut brevi ſermonis compendio noteturdefinitio & nominis & rei. De manu enim eſt, de poteſtate domini, Lucan. *lib. 1.*

In manibus veſtris quantus ſit Cæſar habetis.

Ingenuitatem] Vox hæc inducenda eſt, quæ nec in vulgatis editionibus reperitur, nec eſt apud Ulpian. *d. l.* 4. unde hæc ſumpta; neque eam agnoſcunt Hotom. Cujac. Cont. Theophilus.

Communi nomine] Aliàs, *naturali nomine.* Id eſt, cùm omnes homines liberi eſſent: ut nomen rei conveniat. Plura quæ huc pertinent, notavimus ſup. ad *tit. de jur. nat. gent. & civ.*

TEXTUS.

Quibus modis manumittatur.

1. *Multis autem modis manumiſſio procedit: aut enim ex ſacris conſtitutionibus in ſacroſanctis Eccleſiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epiſtolam, aut per teſtamentum, aut per aliam quamlibet ultimàm voluntatem. Sed & aliis multis modis libertas ſervo competere poteſt, qui tam ex veteribus, quàm ex noſtris conſtitutionibus introducti ſunt.*

NOTÆ.

1. *Multis modis*] Olim tres tantùm modos manumittendi fuiſſe, cenſu, vindicta, teſtamento, oſtendit argumentatio Ciceronis *in topic.*

Sacroſanctis Eccleſiis] Hic modus tribuendæ libertatis à Conſtantino introductus eſt, *l. 1. & 2. Cod. de his qui in Eccleſ. man.* & ſuffectus in locum ejus, qui olim fiebat luſtrali cenſu, vid. Sigon. *leg. 1. de antiq. jur. civ. Rom. c. 14. add. tripert. hiſt. l. 1. c. 7. & Nicep. 7. c. 16.*

Vindicta] Virgulam eſſe ſcribit Boet. *in Topic. Cic.* quam lictor juſſu magiſtratus manumittendi capiti imponebat. *Feſtuca* Plauto dicitur in *Mil. Glor.* Plutarcho *de ſera num. vind.* Nomen ductum à Vindicio creditur Vitelliorum ſervo, qui cùm nobilium adoleſcentium conjurationem de Tarquiniis reducendis detexiſſet, primus hoc modo manumiſſus traditur, *Liv. lib. 2.*

Inter amicos, per epiſtolam] Inter amicos adhibitis quinque teſtibus, per epiſtolam

Digitized by Google

à domino & quinque teſtibus ſubſcriptam, *l.un.* *§.1.& 2.C.de Latin.lib.toll.*

Aliam ultimam voluntatem] Puta per codicillos.

Multis modis] Quorum plerique enumerantur *d.l.un.§.3. & ſeqq.*

COMMENTARIUS.

M*Ultis autem modis*] Olim tres tantùm modos manumittendi fuiſſe, cenſu, vindicta, teſtamento, oſtendit argumentatio Ciceronis in Topic. ab enumeratione partium. *Si neque cenſu*, inquit, *neque vindicta, neque teſtamento liber factus eſt, non eſt liber.* Acceſſerunt quidem poſtea & alii modi; veluti per epiſtolam, in convivio, inter amicos; ſed his modis manumiſſis plena libertas non conferebatur, *Ulp. & Cajus in inſt.*

In ſacroſanctis Eccleſiis] A Conſtantino conſtitutum eſt, ut in Eccleſiis, hoc eſt in cœtu Chriſtianorum, veluti in comitiis Eccleſiaſticis, teſte populo & ſignatore Epiſcopo, manumiſſi juſtam libertatem conſequerentur, *tit. Cod. de his qui in Eccleſ.man.* quod genus manumiſſionis ſuffectum eſſe apparet in locum ejus, quæ olim per cenſum fiebat, cùm ſervi luſtrali cenſu in campo juſſu dominorum inter cives Romanos cenſum profitebantur, *vid.Cigon.lib.1.de ant.jur.civ.Rom. cap.14.*

Vindicta]Virgulam eſſe ſcribit Boetius in Top. Ciceronis, quam lictor juſſu magiſtratus manumittendi capiti imponebat: atque ab hac virgula hunc manumittendi modum appellatum *Feſtuca* Plauto dicitur *in mil. glorioſ.* Alii hunc modum ſic dictum malunt à Vindicio Vitelliorum ſervo, qui primus dicitur vindicta liberatus, eò quòd conjurationem nobilium adoleſcentium de Tarquiniis reducendis detexiſſet, auctore Livio *lib.2.* Tenebat dominus modò caput, modò aliud membrum ſervi, dicebatque, Hunc hominem liberum eſſe volo. Feſt. in verb. *manumitti*, & cum dicto eum circumagebat, ſignificans, ſe ei poteſtatem facere abeundi, quò vellet. Eò pertinent hæc Perſii ſatyr. 5.

> —— *Heu ſteriles veri, quibus una Quiritem*
> *Vertigo facit.*

Et paulo poſt;

> *Verterit hunc dominus, momento turbinis exit*
> *Marcus Dama.*

Pluribus hæc explicant *Marcil. ad d. ſatyram, Briſſonius lib.5. antiq. c.11. Sigonius lib.1.de antiq. jur. civ. Rom. cap.6. Iac.Gallus Neapol in apicib. leg.*

Inter amicos, per epiſtolam] Inter amicos adhibitis quinque teſtibus: per epiſtolam à domino & quinque teſtibus ſubſcriptam, *l.un.§.1. & 2.C.de Lat.lib.toll.*

Aliam ultimam voluntatem] Pura codicillos. Conſultò tamen miſcere videtur juſtos manumittendi modos cum cæteris, quia ipſe differentiam ſuſtulit.

Aliis multis modis] Quorum plerique enumerantur in *d.l.un.§.3. & ſeqq. C.de Lat.lib.toll.* Addant curioſiores *tit.C.pro quib. c. ſervo pro proam.lib.acc.ff.qui ſine man.ad lib.perv.C.ſi manc.ita ven. ne proſtit. & ſi manc. ita. ſu. alien. l. nemi. C. de epiſc. aud.*

TEXTUS.

Ubi & quando manumitti poteſt.

2. *Servi verò à dominis ſemper manumitti ſolent, adeò ut vel in tranſitu manumittantur; veluti cum prætor, aut præſes, aut proconſul, in balneum, vel in theatrum eunt.*

NOTÆ.

2. *Semper*] Id eſt, omni die, ſive feſto, ſive profeſto, ſive faſto, ſive nefaſto, καὶ ἐν ἀπράκτῳ ἡμέρᾳ. Fabrot, in not. ad Theophil. *l. 2. l. 8. C. de feriis.*

In tranſitu] Cum aut lavandi, aut geſtandi, aut ludorum gratia magiſtratus prodit, *leg.7.D. de man. vind.* eſt enim hic actus voluntariæ juriſdictionis, *l.2.D.de off.proconſ.*

COMMENTARIUS.

S*Emper*] Id eſt, omni die, ſive feſto, ſive profeſto, ſive faſto, ſive nefaſto,

In tranſitu.] Cum aut lavandi, aut geſtandi, aut ludorum gratia prodeunt prætor, proconſul, legatusve Cæſaris, *l.7. de manu vind.* Neque enim neceſſe eſt pro tribunali manumittere, cùm hic actus ſit voluntariæ juriſdictionis, *l. 2. de offic. proconſ.*

TEXTUS.

De libertinorum diviſione ſublata.

3. *Libertinorum autem ſtatus tripertitus antea fuerat: nam qui manumittebantur, modò majorem & juſtam libertatem conſequebantur, & fiebant cives Romani: modo minorem, & Latini ex lege Junia Norbana fiebant: modò inferiorem, & fiebant ex lege Ælia Sentia dedititii. Sed quoniam dedititiorum quidem peſſima conditio, jam ex multis temporibus in deſuetudinem abierat: Latinorum verò nomen non frequentabatur: ideoque noſtra pietas omnia augere, & in meliorem ſtatum reducere deſiderans, duabus conſtitutionibus hoc emendavit, & in priſtinum ſtatum reduxit: quia & à primis urbis Romæ cunabulis una atque ſimplex libertas competebat, id eſt, eadem, quam habebat manumiſſor; niſi quòd, ſcilicet, libertinus ſit, qui manumittitur, licèt manumiſſor ingenuus*

gennus ſit. Et dedititios quidem per conſtitutionem noſtram expulimus, quam promulgavimus inter noſtras deciſiones; per quas ſuggerente nobis Triboniano viro excelſo Quæſtore noſtro antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, & omnem, quæ circa eos fuerat, obſervantiam, alia conſtitutione per ejuſdem Quæſtoris ſuggeſtionem correximus, quæ inter Imperiales radiat ſanctiones. Et omnes libertos (nullo nec ætatis manumiſſi, nec domini manumittentis nec in manumiſſionis modo diſcrimine habito, ſicuti antea obſervabatur) civitate Rom. decoravimus, multis modis additis, per quos poſſit libertas ſervis cum civitate Romana, quæ ſola eſt in præſenti, præſtari.

Notæ.

3 *Status tripertitus*] Ulpian. *in fragm. tit.* 1. & 3. Cajus 1. *Inſt. tit.* 1.

Antea] Hoc non eſt referendum ad tempora liberæ Reip. nam primus hanc differentiam introduxit Auguſtus. Sveton. *in Aug.*

Cives Romani] Nempe qui vindicta, cenſu, teſtamento manumiſſi erant. Ulp. & Caj. *ubi ſup.* Hos modos civiles & legitimos vocat Theoph.

Lege Iunia Norbana] Qua cautum, ut ii ſervi, qui per epiſtolam aut inter amicos aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani, ſed eodem jure eſſent, quo ante bellum ſociale Latini coloni, *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* ut neque connubii, neque teſtamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ poteſtatis, &c. jura habuerint. Ulp. *in fram.* variis locis. Poterant autem multis modis jure Quiritium augeri. Ulp. *d. tit.* 3.

Dedititii] Hi quoque Latini liberti fuere, ſed conditione Latinorum dedititiorum, quos ſcil. populus Romanus poſt defectionem victos in deditionem acceperat. Scribit Svetonius Auguſtum caviſſe, ne vinctus unquam tortuſve ullo libertatis genere civitatem adipiſceretur, *cap.* 40. Add. Ulp. & Caj. *ubi ſup.*

Peſſima conditio] Non multum diſtans à ſervientium ſpecie, §. *ult. inf. d. ſucc. liber.*

In meliorem ſtatum] Aliud judicium Auguſto fuit, qui magni æſtimabat ſincerum atque ab omni colluvione peregrini ac ſervilis ſanguinis incorruptum ſervare populum. Svet. c. 40.

Duabus conſtitutionibus] *l. unic. C. de Lat. lib. toll. l. un. C. de dedit. lib. toll.*

Simplex libertas.] Cic. pro *Balb.* Dionyſ. Halic. *lib.* 4. ubi Servium Tullium hujus inſtituti auctorem fuiſſe refert.

Libertinus ſit] Jure noviſſimo & hoc ſuſtulit Juſtinianus data ingenuitate, ſalvo tamen manente Jure patronatus. *Nov.* 78.

Ætatis manumiſſi] Vid. Ulpian. *tit.* 1. §. 7. Theophil. *hic.*

Domini manumittentis] Malo *dominii* cum Auguſtino *lib.* 3. *emend. cap.* 7. & Grot. *in ſparſ. Flor.* ne ad ætatem domini referatur, ſed ad qualitatem dominii. Theophilus quoque habet κατὰ τὴν δεσποτείαν, nimirum dominorum alius in bonis, alius ex jure Quiritium habebat: ille Latinum faciebat, hic civem. Ulp. *tit.* 1. §. 11. quæ differentia ſublata, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Decoravimus] Alii *donavimus*. Antoninus antea civitate data exæquaverat omnes ingenuos, *l.* 17. *D. de ſtat. hom.* Juſtinianus omnes libertinos, noviſſimè & libertinorum conditionem ſuſtulit, data manumiſſis ingenuitate. *Nov.* 78. *cap.* 5.

Commentarius,

1 *Latini liberti quo jure fuerint.*
2 *Quo jure dedititii.*
3 *Antonium exæquaſſe omnes ingenuos, Iuſtinianum omnes libertinos.*

A*Ntea fuerat*] Hoc non eſt referendum ad tempora liberæ reip. ſed ſequentia. Nam, ut auctor eſt Svetonius, primus Auguſtus, cùm ſervorum manumiſſione contaminari civitatem Romanam videret (quod & Dionyſ. Halicarn. *lib.* 4. conqueritur) eos multis difficultatibus à libertate juſta removit: deque numero & conditione & differentia eorum, qui manumittebantur, curioſè cavit. Hinc nata lex Ælia Sentia, hinc Fuſia Caninia, de quibus poſtea. Hinc Junia Norbana Silano & L. Norbano Coſſ.

Cives Romani] Scilicet, qui cenſu, vindicta, teſtamento, non qui per epiſtolam, aut inter amicos manumiſſi erant. Ulp. & Cajus in inſt.

Latini in lege Norbana] Qua cautum fuit, ut 1
ii ſervi, qui per epiſtolam, aut inter amicos, aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani, ſed eodem jure eſſent, quo ante bellum ſociale Latini coloni: quod ſignificare voluit Juſtinianus *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* cum ait, *Latinos libertos ad ſimilitudinem antiquæ Latinitatis, quæ in colonias deducta eſt, introductos eſſe.* Diſcimus autem ex Cicerone *pro Cecinn.* & *pro domo ſua*, eos qui in Latinam Coloniam nomina dediſſent, aut deducti, inque eam civitatem recepti eſſent, Romanam civitatem amiſiſſe: & hoc quoque eſt, quod Boet. *in Top. Cic.* ſcribit, *iſta in Latinas Colonias profectione mediam capitis diminutionem contingere.* Quæ cùm ita ſint, apparet eos neque connubii, neque teſtamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ poteſtatis, neque tutelæ recipiendæ jura habuiſſe, ac proindè eadem quoque conditio Latinorum libertinorū fuit: quod etiam diſertè variis in locis teſtatur Ulpian. *in fragm.* De Latinis libertis ita ſcribit Juſtinianus §. *ult. inf. de ſucceſſ. libert. eos quidem ut liberos vitam peregiſſe; attamen ipſo ultimo ſpiritu ſimul animam atque libertatem amiſiſſe:*

& quaſi ſervorum, ita bona eorum jure quodammodò peculii patronos occupaſſe, congruit *l. 1. C. Theod. de petit. hæred.* Quemadmodum autem Latini coloni multis rationibus ad civitatem Rom. pervenire poterant, quas ex *Liv. Appian. Cic. pro Cæc. pro Balb. pro dom. ſua*, collegit *Gruch. lib. 2. de comit.* Ita & Latini liberti multis modis jure Quiritium augeri, quos recenſet Ulpian. *in fragm. tit. 3.*

2 *Ex lege Ælia Sentia dedititii.*] Auctor hujus legis Auguſtus, latores Sext. Ælius & C. Sentius coſſ. Scribit etenim Svetonius Auguſtum caviſſe, *ne vinctus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipiſceretur.* Et exiſtimare licet libertos hoſce dedititios eamdem habuiſſe libertatem, quam populus Rom. Latinis illis reliquerat, quos poſt defectionem vinctos & in deditionem acceptos vita quidem & imagine aliqua libertatis ex humanitate donaverat, ſed ut jure connubiorum & commerciorum multati ad jus civitatis nunquam pervenire poſſent: ut ſint hi quoque Latini liberti, ſed conditione Latinorum dedititiorum, add. *Ulp. Cai. in Inſt.* Formulam deditionis deſcripſit Livius in deditione Collatinorum & Campanorum, *lib. 1. & 7.*

In meliorem ſtatum reduxit] Non deeſt, quod contra dici poſſet. Certè aliud judicium Auguſto fuit, qui magni exiſtimabat ſincerum atque ab omni colluvione peregrini ac ſervilis ſanguinis incorruptum ſervare populum: civitatemq; tam parcè dabat, ut Liviæ pro tributario Gallo roganti civitatem negaverit, immunitatem obtulerit: affirmans ſe faciliùs paſſurum fiſco detrahi aliquid, quàm civitatis Romanæ vulgari honorem. Sveton. *in Auguſt. c. 40.*

Duabus conſtitutionibus] *l. un. C. de Lat. lib. toll. & l. un. C. dedit. lib. toll.*

Primis cunabulis] Hoc non ita dictum accipiemus, quaſi jam inde ab urbe condita manumiſſi jus civium habuerint: ſed ex quo manumiſſis jus civitatis communicatum eſt (quod factum eſt infante adhuc populo ſub rege Servio Tullio) id diu poſtea obſervatum fuiſſe, manſiſſeque uſque ad tempora Auguſti, arg. eorum, quæ tradit *Dionyſ. Halic. lib. 4.* Et ergo ex illo tempore, quamdiu reſpub. ſtetit, una liberorum omnium conditio fuit: nam omnes pari jure cives Rom. erant, & plena ac juſta libertate fruebantur.

Libertinus ſit] Jure noviſſimo & hoc ſuſtulit, data ingenuitate, ſalvo tamen manente jure patronatus. *Nov. 78.*

Ætatis manumiſſi.] Nam lege Ælia Sentia cavebatur, ut ſervus minor triginta annis in teſtamento manumiſſus non civis fieret, ſed Latinus eſſet; vindicta manumiſſus non aliter civis fieret, quàm ſi cauſa apud conſilium probata fuiſſet, teſte Ulpiano *in fragm. tit. 1.* De cenſu quid hic dicam non habeo: neceſſe tamen eſt, aut hunc actum nullum fuiſſe, aut eum, qui inter cives cenſus eſſet, civem factum. Itaque dubito, an verum ſit, quod generaliter definit Theophilus, ſervum minorem 30. annis, quoquo modo manumiſſum, Latinum fieri.

Domini manumittentis] Auguſtinus 3. *emend.* legendum cenſet *dominii*; ut hoc non ad ætatem domini referatur, ſed ad qualitatem dominii, quod & Grot. h. in flor. ſparſ. probat, & Theophilum ita legiſſe arguunt verba paraphraſis, *ἀεὶ τὴν δεσποτείαν τοῦ ἐλευθεροῦντος.* Dominorum enim alius in bonis, alius ex jure Quiritium habebat: ille Latinum faciebat, hic civem Ulp. *in fragm. tit. 1. §. 11. & Theoph. hic.* Quæ differentia à Juſtiniano ſublata eſt *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Civitate Romana decoravimus] Atqui jam multò ante omnes, qui in urbe Romana eſſent, ex conſtitutione Antonini cives Romanos effectos Ulp. prodidit *l. in orbe de ſtat. hom.* Sed illa 3
conſtitutio non pertinet ad eos, qui conditione perſonæ, ſed natali loco & patria impediebantur, quominùs eſſent cives Romani. Quæ res ut planiſſimè intelligatur: Jus civitatis Romanæ olim rarò, & non niſi benè meritis civitatibus dari ſolitum erat. Poſtea lege Julia datum eſt ſociis & Latinis omnibus, qui arma depoſuerant. Id factum initio belli ſocialis. Sigon. *lib. 3. de antiq. jur. Ital. c. 1. & 2. Gruch. lib. 2. de comit. Rom.* Hoc autem beneficium intra terminos Italiæ continebatur, ut docet *Cic. pro Balb.* Progreſſu temporis quibuſdam etiam provincialibus civitas data: & ad extremum omnibus, qui ſub imperio Romano eſſent, conſtitutione Antonini. Antoninus ergo civitate data exæquavit omnes ingenuos, Juſtinianus ſublata differentia manumiſſionis omnes libertinos: qui noviſſimè & libertinos exæquavit ingenuis, ſalvo jure patronatus. *Nov. 78.* quod poſitum eſt in obſequiis, operis, dono, munere & ſucceſſione libertorum, *tit. de jur. patron. & aliquot ſeqq. lib. ſeq.* Sunt & tacitæ quædam manumiſſionis ſpecies; veluti ſi dominus ſervum ſuum tutorem vel hæredem ſcripſerit, aut adoptaverit, *§. 2. inf. tit. prox. §. 1. inf. qui teſt. tut. dar. §. ult. inf. de adopt.* aliæque complures, quas operæ pretium non eſt aut recenſere, aut explicare, congeſſit eas Gudelin. *lib. 1. de jur. noviſſ. c. 4.*

Digitized by Google

Titulus Sextus.

QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

D. lib. 40. Tit. 9. C. lib. 7. Tit. 11.

Argumentum Tituli.

IGitur quod ex ſuperiore Tit. intelligi potuit, cùm varii ſint manumittendi modi, eadem tamen omnium vis atque effectus eſt, ut omnes manumiſſi liberi fiant & cives Romani. At enim hac manumiſſorum omnium exæquatione nihil derogatum eſt legi Æliæ Sentiæ, quæ quibuſdam ex cauſis libertatem impediebat: ſed quibus ex cauſis illa eam impediebat ante hanc exæquationem, ex iiſdem etiam nunc obſtat, quominùs manumiſſi liberi fiant. Cauſæ duæ duobus hujus legis capitibus, quæ hic proponuntur & explicantur, comprehenſæ; quorum primo cavetur, *Ne quis in fraudem creditorum manumittat, niſi fortè ſervum unicum hæredis habendi gratia*: altero, *ne minoribus* 20. *annis aliter jus ſit manumittere, quàm juſta cauſa apud conſilium approbata*. Et totidem ergo erunt ſuperioris regulæ exceptiones.

Textus.

Prius caput Legis Æliæ Sentiæ, de manumittente in fraudem creditorum.

Non tamen cuicumque volenti manumittere licet: nam is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit: quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

Notæ.

Nihil agit) Igitur ita manumiſſi liberi non fiunt: & additur ratio, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, id eſt, liberos fieri prohibet, ſicut in univerſum, quod lege prohibente fit, ipſo jure nullum eſt, *l. 5. Cod. de legib.* Quòd ſicubi legas libertatem revocari aut reſcindi, id minùs propriè dictum accipe: vid. reſpectu actus manumiſſionis, qui in ſuſpenſo eſt, donec conſtet de fraude, & an creditores ſuo jure uti velint. Legem hanc latam eſſe Auguſti temporibus indicat Dio, *lib. 55.* conſule *indic. leg. Rom:* Hotom. Conn. *lib. 2. comm. c. 5.*

Commentarius.

NIhil agit) Nempè ergo ita manumiſſi liberi non fiunt; & ratio additur, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, hoc eſt, liberos fieri prohibet, *l. in fraudem 27. qui & à quib. man* ſicut in univerſum quicquid lege prohibente fit, ipſo jure nullum eſt, *l. non dubium, C. de legib.* Quamobrem cùm legimus libertates per legem Æliam Sentiam reſcindi aut revocari, ut in *l. 5. §. 2. d. tit. l. 1. C. qui man. non poſſ.* hoc minùs propriè dictum accipiemus, & reſpectu actus manumiſſionis, qui non continuò & ab initio ipſo jure nullus eſt, ſed ſuſpenditur, donec conſtet, fraudati ſint creditores, necne: & ſi fraudati ſunt, utrùm jure ſuo uti velint: nam ſi non ſint fraudati, aut fraudati jure ſuo non utantur, actus validus eſt, & manumiſſi retro liberi facti intelliguntur: ſi fraudati ſint & jure ſuo utantur, perindè habetur atque ſi nulla manumiſſio interveniſſet. Quamdiu autem hæc incerta ſunt, ſcribit Paulus manumiſſos vi ipſa ſtatu liberos eſſe, *l. 1. de ſtatu lib.* Ipſe autem manumiſſor & hæredes ejus nullo colore libertatem revocare poſſunt, *l. 5. C. de ſerv. pig. dat. man. fac. l. 3. qui & à quib. man.* His addi poteſt & peculiaris ratio, quòd libertas, quæ ſemel competit, non revocatur, §. *ſemel hoc tit. leg. 9. §. 1. de man. vind.* Ex quibus omnibus manifeſtum eſt, errare D. Pacium, qui in notis marginalibus ſcribit, libertatem ipſo jure competere, ſed retractari. Alia longè ratio eſt edicti, *Quæ in fraud. cred.*

Textus.

De ſervo inſtituto cum libertate.

1. *Licet autem domino, qui ſolvendo non eſt, in teſtamento ſervum ſuum cum libertate hæredem inſtituere, ut liber fiat, hæreſque ei ſolus & neceſſarius: ſi modo ei nemo alius ex eo teſtamento hæres extiterit: aut quia nemo hæres ſcriptus ſit, aut quia is, qui ſcriptus eſt, qualibet ex cauſa hæres ei non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia proviſum eſt, & rectè. Valde enim proſpiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius hæres extiturus non eſſet, vel ſervum ſuum neceſſarium hæredem haberent, qui ſatisfacturus eſſet creditoribus; aut hoc eo non faciente creditores res hæreditarias ſervi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.*

Notæ.

1. *Licet autem Domino*) In capite legis Æliæ Sentiæ, *Ne quis in fraudem creditorum manumittat*, nominatim addita fuit hæc exceptio, *niſi quis unum ex ſervis ſuis teſtamento liberum & hæredem eſſe juſſerit.*

Hæreſque ei ſolus) Non tamen neceſſe eſt, ſolùm heredem ſcriptum eſſe, ſed neminem alium hæredem exiſtere, ne ex ſubſtitu-

Digitized by Google

ſtitutione quidem, *leg. 57. D. de hæred. inſtitut.*

Injuria] Poſitum pro *Ignominia*, nam ignominioſum bona cujuſquam propter æs alienum divendi: cujus rei teſtis locuples Cicer. *pro Quint.* Igitur ratio exceptionis hæc eſt, ut auctionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, potiùs derivetur in hæredem ſervum.

COMMENTARIUS.

IN capite legis Æliæ Sentiæ, *Ne quis in fraudem creditorum manumittat*: nominatim additur hæc exceptio, *niſi quis unum ex ſervis ſuis teſtamento liberum & hæredem eſſe juſſerit*: quod quamobrem à lege proviſum ſit, mox dicitur.

Hæreſque ei ſolus] Non quòd neceſſe ſit, ſolùm eum hæredem ſcriptum eſſe; ſed ſi plures ſcripti ſunt, cæteros deficere, & neminem alium hæredem exiſtere, ne ex ſecundo quidem gradu; utique libero homine ſubſtituto, *l. ſi is qui 57. de hær. inſt.* nam ſi & alter ſervus ſecundo loco ſcriptus ſit, ſolus primo loco ſcriptus hæreditatem capiet, *l. qui ſolvendo 60. d. tit.* Quid ſi duo ſervi eodem gradu inſtituti? Invicem ſibi obſtant. Cæterum altero ante apertas tabulas mortuo, is qui ſupereſt, liber & hæres erit, *l. 42. & ſeq. eod.*

Neceſſarius] Ita dicitur, non quia hæreditatem adire cogitur: ſed quia ſive velit, ſive nolit, omninò poſt mortem teſtatoris protinus liber & hæres ſit, §. 1. *inſ. de hær. qual. & diff.* ac proindè ipſo jure, ſicuti ſui & neceſſarii hæredes, *arg. l. furioſus 63. de acq. hær.* Hoc tantùm intereſt, quòd prætor ſuis hæredibus poteſtatem facit abſtinendi ab hæreditate, neceſſariis non item, *leg. neceſſarius 57. d. tit.*

Valde enim proſpiciendum erat] Ratio exceptionis ſatis juſta, videlicet ut famæ defuncti parcatur, & auctionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, in hæredem ſervum potiùs derivetur: qui duplici de cauſa hoc æquo animo ferre debet: primùm quia rem pretioſiſſimam & inæſtimabilem libertatem conſequitur: deinde quia quicquid poſt mortem patroni ſui acquirit, non obnoxium creditoribus, ſi bonorum ſeparationem petierit, quam impetrare poteſt, ſi bona defuncti non attigerit, *d. §. 1. Inſt. de hær. qual. & diff. junct. l. 1. §. ult. de ſepar.* Falluntur ergo qui ſcribunt, ſervum hæredem neceſſarium conveniri poſſe, ſi is poſtea ad meliorem fortunam pervenerit, exemplo eorum, qui bonis ceſſerunt, §. *ult. inſ. de act.*

Injuria] Hoc eſt, ignominia, quamvis enim edicto prætoris de infamibus non notetur: oneratur tamen exiſtimatio ejus, & facti infamiam non effugit is, cujus bona auctioni & haſtæ publicè ſubjiciuntur: cujus rei locupletem teſtem habemus Ciceronem *pro Quintio*

TEXTUS.

De ſervo inſtituto ſine libertate.

2. *Idemque juris eſt, etſi ſine libertate ſervus hæres inſtitutus eſt. Quod noſtra conſtitutio non ſolùm in domino, qui ſolvendo non eſt, ſed generaliter conſtituit, nova humanitatis ratione, ut ex ſcriptura inſtitutionis etiam libertas ei competere videatur: quum non ſit veriſſimile, eum quem hæredem ſibi elegit, ſi prætermiſerit libertatis dationem, ſervum remanere voluiſſe, & neminem ſibi hæredem fore.*

NOTÆ.

2. *Sine libertate*] Non libertate nominatim prohibita, ſed omiſſa, nulla facta mentione libertatis.

Noſtra conſtitutio] *lege pen. C. de neceſſ. ſerv. hær. inſt.* junct. *pr. infr. de hær. inſt.*

Nova humanitatis ratione] Quia etſi ex veteribus quoque juris auctoribus quidam hoc ipſum probaverant, nunquam tamen obtinuerant, ut *d. pr. inſ. de hær. inſt.* Cujac.

Non ſit veriſimile] Notant hìc DD. eum, qui vult conſequens, etiam antecedens velle intelligi, ſine quo ad illud conſequens perveniri non poteſt, *l. 2. D. de juriſd.*

COMMENTARIUS.

SIne libertate] Non libertate nominatim prohibita, ſed omiſſa, nulla facta mentione libertatis.

Nova humanitatis ratione] Primus Juſtinianus generaliter conſtituit, ut ſervus à domino ſimpliciter hæres inſtitutus, & liber & hæres fiat, veterum quidem, ſed eorum paucorum ſententiam ſecutus, quæ idcirco antea non obtinebat, *l. pen. C. de nec. ſerv. hær. inſtit. junc. pr. infr. de hær. inſtit.*

Quum non ſit veriſimile] Nam qui vult conſequens, ut DD. hic notant, & in *leg. 2. de juriſd.* etiam antecedens velle intelligitur, ſine quo ad illud conſequens perveniri non poteſt; eademque ratione haud dubiè & Paulus & Atilicinus, quibus jam ante hæc ſententia placuit, uſi ſunt. Verùm hæc ratio aliis non ſatis idonea viſa fuit, fortaſſis ideò, quia cùm libertas ſit aliquid majus & pretioſius ipſa hæreditate, abſurdum videatur per conſequentiam hæreditatis datæ libertatem ſervo deſcendere, rem longè majoris momenti. Rationem enim juris non pati, ut id, quod dignus eſt & magis principale, à re minùs digna minùſque principali vires capiat, per *l. quod per manus de jur. eod.* Conſtitutio Juſtiniani ad adſcriptitios, ſicubi ſunt, trahi poteſt: & ſic etiam ſi quis homini proprio, ut vocant, feudum dederit, eo ipſo & libertatem ei dediſſe cenſet D. Tulden. *in comm. hic c. 3.*

TEX-

TEXTUS.

Quid ſit in fraudem creditorum manumittere.

3. *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, ſolvendo non eſt; vel qui datis libertatibus deſiturus eſt ſolvendo eſſe. Prævaluiſſe tamen videtur, niſi animum quoque fraudandi manumiſſor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non ſufficiant: ſæpè enim de facultatibus ſuis amplius, quàm in his eſt, ſperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id eſt, & conſilio manumittentis, & ipſa re, eò quòd bona ejus non ſunt ſuffectura creditoribus.*

NOTÆ.

3. *In fraudem*] Deſcriptus hic locus eſt ex *l. 10. D. qui & à quib. man.*

Deſiturus eſt ſolvendo eſſe] Species hæc ſit. Sempronius, qui mille in bonis habebat, ac totidem debebat, ſervum in fraudem creditoris manumiſit: quo facto 50. de bonis ejus deceſſerunt, ut jam creditores ſolidum conſequi nequeant. Q. an impediatur libertas. R. impediri, cum Cajo *in d. leg. 10.*

Prævaluiſſe] Libertas non revocatur, niſi & fraudandi conſilium manumiſſor habuerit, & creditores reipſa fraudentur. *d. l. 10. leg. 1. C. qui man. non poſſ.* In fideicommiſſaria tamen libertate ſolus rei eventus ſpectatur, *l. 4. §. 19. in fin. D. de fideic. lib. l. ult. C. eod.*

Amplius ſperant] Quod frequenter accidit, his, qui tranſmarinas negotiationes, & in aliis regionibus, quàm ubi ipſi morantur, per inſtitores exercent, *d. l. 10.*

COMMENTARIUS.

D*Eſiturus eſt ſolvendo eſſe*] Deſcriptus hic locus eſt ex *l. in fraudem 10. qui & à quib. man.* Nimitum quia lex Ælia Sentia ſimpliciter loquitur de debitore, qui ſolvendo non eſt, quæſitum eſt, an lex etiam ad eum pertineat, qui datis demum libertatibus deſitutus eſt ſolvendo eſſe, & placuit pertinere, *p. l.* 10. Ratio in promptu eſt, quia ſolvendo eſſe nemo intelligitur, qui ſolidum, quod debet, ſolvere non poteſt; *l. ſolvendo de verb. ſign.* non poteſt autem, qui poſſe deſiit.

Prævaluiſſe] Niſi hæc duo concurrant, ut & fraudandi conſilium manumiſſor habuerit, & creditores eventu atque re ipſa fraudentur, libertas non revocatur, *d. l. 10. l. 1. C. qui man. non poſſ.* quod & ipſum proculdubio ex ſententia legis ſimpliciter loquentis acceptum eſt, non ratione aliqua ſpeciali & favore libertatis, ut putat D. Vveſemb. ſed communi, & ad revocationem ex edicto, *Quæ in fraudem creditorum*, etiam pertinente, de quo dicemus ad *§. item ſi 6. inf. de act.* Creditoribus igitur agentibus incumbet probare, ſe & eventu fraudatos eſſe, & manumiſſorem animum fraudandi habuiſſe. Atque hìc locus erit præſumptionibus, quibus fraus aut arguitur, aut abſuiſſe docetur: qua de re conſulantur DD. hic *& in d. §. 6.* Cæterum hæc quæ diximus, locum habent in libertate directo teſtamento data: in fideicomiſſaria autem ſolus rei eventus ſpectatur, *4. §. ſi in fraudem in fin. de fideic. lib. l. ult. C. qui man. poſſ.* An quia ubi res adhuc integra eſt, & ab alio ſervus manumittendus, facilius viſum eſt impediri libertatem.

De facultatibus ſuis amplius ſperant] Plerumque humani ingenii vitio rei modicus ſpei immodicus eſt: quod accidit frequenter his, qui tranſmarinas negotiationes & in aliis regionibus quàm ubi ipſi morantur, per inſtitores exercent, *d. l. 10. qui & à quib. man.* ex quo loco apparet, quod hìc traditur, etiam ad libertates inter vivos datas pertinere, non ad teſtamentarias dumtaxat, ut malè poſt alios Scheneid.

TEXTUS.

Alterum caput Legis Æliæ Sentiæ de minore viginti annis.

4. *Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quàm ſi vindicta apud conſilium, juſta cauſa manumiſſionis approbata, fuerint manumiſſi.*

NOTÆ.

4. *Domino*] *l. 4. §. ult.* & paſſim *D. de manum. vind.* Providere lex voluit, ne temerè & ſine certo animi judicio ſervi libertate & civitate donarentur.

Quàm ſi vindicta] Leg. *quàm ſi dicta apud conſilium juſta cauſa manumiſſionis, approbata fuerit manumiſſio*. Hotom. ex auctoritate librorum veterum & Theophili.

Apud conſilium) Adhibebantur in conſilium Romæ 5. Senatores, & 5. Equites, in provinciis 20. recuperatores cives Rom. *Vlp. tit. 1. §. 8. Theoph. hic.* In notis D. S. C. *de conſilii ſententia*, Grot. *in ſparſ. Flor.* Exercere conſilium non poteſt, cui mandata eſt juriſdictio, *l. 2. D. de off. ejus cui mand. juriſd.* unde apparet magiſtratum non habuiſſe jus exercendi conſilium vi ſuæ juriſdictionis, *arg. l. 1. pr. d. tit.*

COMMENTARIUS.

A Lterum caput legis Æliæ Sentiæ fuit; *Minoribus 20. anni non aliter manumittere jus eſto, quàm cauſa juſta apud conſilium approbata, l. 1. de manum. l. 11. & ſeqq. de man. vind.* Providere

lex

lex voluit, ne temerè & ſine certo animi judicio ſervi libertate & civitate donarentur.

Quàm ſi vindicta] Legendum cum D. Hotom *Quàm ſi dicta apud conſilium juſta cauſa manumiſſionis, approbata fuerit manumiſſio*, & ita Theopſi.

TEXTUS.

Quæ ſunt juſtæ cauſæ manumiſſionis.

5. *Juſtæ autem cauſa manumiſſionis ſunt veluti ſi quis patrem aut matrem, filiumve filiamve, aut fratres, ſororeſve naturales, aut pædagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum, alumnamve, aut collectaneum manumittat, aut ſervum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii habendi cauſa: dum tamen intra ſex menſes in uxorem ducatur, niſi juſta cauſa impediat: & ſervus, & qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem & ſeptem annis manumittatur.*

NOTÆ.

Iuſtæ cauſæ) Ex *l. 9. l. 11.* & aliquot *ſeqq. de man. vind. l. 21. hoc tit.*

Si quis patrem, &c. Finge filium, cùm eſſet una cum parentibus naturalibus in ejuſdem domini poteſtate, hæredem à domino inſtitutum eſſe, hic filius, ut cæterarum rerum defuncti, ita & parentum ſuorum dominus efficitur. Juſtiſſimam autem eos manumittendi cauſam habet, & ita porrò.

Alumnum] Quod ferè in mulieribus uſu venit: ſed tamen in viris etiam receptum, *l. 14. D. de man. vind.*

Procuratoris] Plerique de procuratore ad negotia hunc locum accipiunt, Cujac. de procuratore ad judicia, ut & Fabrot. Bachovius de utroque, cui aſſentior.

Matrimonii habendi] Verbum *habendi* otioſum eſt, & delendum, nec in aliis reperitur, ut neque in *l. 21. hoc tit.* nec in *l. 13. de man. vind.* nec apud Theophil.

Intra ſex menſes] Et exigitur priùs jusjurandum, *d. l. 13.*

Iuſta cauſa impediat] Veluti ſi patronus ſenator fiat, *l. 23. D. de rit. nupt.*

Decem & ſeptem] In *d. l. 13.* eſt *decem & octo*. Sed illic qui attigit annum XVIII. non minor XVIII. dicitur, hoc loco non minor XVII. qui implevit XVII. Cujac.

COMMENTARIUS.

HÆc deſumpta ſunt ex *l. juſta 9. l. ſi minor. 11. & aliquot ſeqq. de man. vind. l. matrimonii 21. qui & à quib. man.*

Procuratoris] Arbitror in genere hanc manumiſſionis cauſam juſtam fuiſſe, etiam ſi minori 20 annis ſpeciatim opus non eſſet procuratore ad judicium; ſcilicet ut liber factus ſervus tantò commodiùs officium procuratoris exercere tam in judicio, quàm extra judicium, poſſet. Itaque neque Cujacio aſſentior, qui *lib. 22. obſ. 16.* locum hunc accipit de procuratore ad judicium tantùm (neque enim ſatis juſta cauſa videtur, ut quis ob unam fortè litem perſequendam ſervum ſuum manumittat) nec DD. vulgò, qui de procuratore ad negotia dumtaxat: quaſi minor 25. annis alienæ litis procurator eſſe neutriquam poſſit: quod falſum eſt, *l. cum mandato 23. de minorib.* Sanè ad defendendum minor 25. annis procurator idoneus non eſt, *l. minor. 51. de procur.*

Matrimonii habendi] Verbum *habendi* delendum eſſe, nemo, qui modò Latinè ſciat, negare poterit: nec in aliis reperitur, ut neque in *l. 21. à te, nec in l. 13. de man. vind.* nec Theoph. agnoſcit.

TEXTUS.

De cauſa ſemel probata.

6. *Semel autem cauſa approbata, ſive vera ſit, ſive falſa, non retractatur.*

NOTÆ.

6. *Non retractatur*] Nam lex Ælia Sentia non cauſam exigit nominatim, ſed cauſæ dictionem, *l. 9. §. 9. D. de man. vind.* Favor libertatis hoc expreſſit.

COMMENTARIUS.

EX *l. 9. §. 1. de mand. vind.* Ratio eſt, quia lex Ælia Sentia non cauſam exigit nominatim, ſed cauſæ dictionem; & hoc eſt, apud Marcian. ait in *d. l. 9. §. 1*: cauſæ probationi contradicendum eſſe, non etiam cauſam approbatam retractandam.

TEXTUS.

Abrogatio poſterioris capitis Legis Æliæ Sentiæ.

7. *Quum ergo certus modus manumittendi minoribus 20. annis dominis per legem Æliam Sentiam conſtitutus eſſet, eveniebat, ut qui 14. annos expleverat, licèt teſtamentum facere, & in eo ſibi hæredem inſtituere, legataque relinquere poſſet, tamen, ſi adhuc minor eſſet 20. annis, libertatem ſervo dare non poſſet. Quod non erat ferendum, nam cui totorum ſuorum bonorum in teſtamento diſpoſitio data erat: quare non ſimiliter ei, quemadmodum alias res, ita & de ſervis ſuis in ultima voluntate diſponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut & libertatem eis poſſit præſtare? Sed quum libertas inæſtimabilis res ſit, & propter hoc ante 20. ætatis annum antiquitas libertatem ſervo*

dare

dare prohibebat: ideò nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori 20. annis libertatem in teſtamonto dare ſervo ſuo concedimus, niſi 17. annum impleverit, & 18. attigerit. Quum enim antiquitas hujuſmodi ætatis & pro aliis poſtulare conceſſerit: cur non etiam ſui judicii ſtabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam ſervis ſuis poſſint pervenire?

NOTÆ.

7. *Cui totorum*] Argumentatur à majori ad minus κατασκευαστικῶς, Cui quod plus eſt, licet, ei non debet, quod minus eſt, non licere, *l. 21. de reg. jur.*

Libertas inæſtimabilis res] Servum tamen libertate donare non eſt inæſtimabile domino, & alia haud dubiè ratio legis Æliæ Sentiæ fuit; & hæc nimirùm, quòd ſervi minoribus dominis facilè blandis verbis aut aliis artibus perſuadere poſſunt, ut ſe manumittant, vel pro turpis alicujus obſequii remuneratione, *fac. l. 2. C. ſi adv. lib. leg. 16. C. de lib. cauſ.*

Mediam viam] Hinc inferunt poſſe quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere; utique hoc facere ſolent prudentes, ubicumque eſt τάραξις, id eſt, perplexa quæſtio, *l. 7. D. ut leg. nom. cau. l. 40. D. de her. inſtit.* videndum tamen ſemper, quid ſuadeat ratio juris.

Niſi XVII. annum] *Nov. 119. cap. 2.* permittit, non minùs libertates, quàm res cæteras, teſtamento dari ea ætate, qua teſtamentum facere permiſſum eſt.

Pro aliis poſtulare] *Leg. 1. D. de poſtul.* Collectio tamen hæc minùs bona eſt; Adoleſcens ingreſſus annum XVIII. poſtulare poteſt, ergo & ſervum ſuum manumittere; ſunt enim hæc planè diverſa.

COMMENTARIUS.

NAm *cui totorum*] Argumentatur à majori ad minus κατασκευαστικῶς, cui quod plus eſt licet, ei non debet, quod minus eſt, non licere, *l. 21. de reg. jur.*

Quum libertas inæſtimabilis res ſit] Aliam rationem legis Æliæ Sentiæ fuiſſe exiſtimo, nempe quòd ſervi junioribus dominis facilè blandis verbis aut aliis artibus perſuadere poſſunt, ut ſe manumittant, *arg. §. 2. ſup. eod.* vel pro turpis alicujus obſequii compenſatione. Eſt quidem libertas res inæſtimabilis, & ipſi ſervo οὐδὲν τιμιώτερον ἐλευθερίας; at ſervum libertate donare non eſt inæſtimabile domino, cui longè plus eſt, poſſe aliquem hæredem inſtituere, prædium legare, quàm ſervo viliſſimi pretii dare libertatem; licèt ipſi ſervo majus ſit, libertatem accepiſſe, quàm hæreditatem aut prædium.

Ideò nos mediam viam eligentes] Hinc inferunt, poſſe quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere, *Cujac. 17. obſ. 21. Teſſaur. dec. 19. Boer. deciſ. 239.* Et ſanè cauſa anceps per mediocritatem optimè dividitur, etiam Paulo teſte in *l. filio. 7. ut legat. nom. cau.* Sic cùm de dominio ſpeciei ex aliena materia factæ diſſenſio inter Sabinum & Proculum eſſet, Cajus in *l. 7. §. cum quis de acq. rer. dom.* mediam ſententiam ſecutus eſt, eamque probavit Juſtinianus, *§. cum ex aliena inſ. de rer. div.* Et Tiberius Cæſar, cùm ſervus ejus Parthenius tanquàm ingenuus hæres ſcriptus eſſet, cum ſubſtituto Parthenii hæreditatem diviſit, *l. & hoc 41. de hær. inſt. §. ult. inſ. de vulg. ſubſt.* Videndum tamen ſemper eſt, quid ſuadeat ratio juris.

Niſi 17. annum] Jure noviſſimo permittitur non minùs libertates, quàm res alias teſtamento relinquere ea ætate, qua teſtamentum facere permiſſum eſt, maſculis nimirum anno ætatis quarto decimo, fœminis duodecimo, *Nov. 119. cap. 2.*

Pro aliis poſtulare] Veteres ætatem 17. annorum idoneam rati ſunt ad prodeundum in publicum & cauſas agendas: atque hac ætate & paulò majore fertur Nerva filius publicè de jure reſponſitaſſe, *l. 1. de poſtul.* Eſt autem, ſi liberè philoſophandum eſt, vitioſa hæc collectio; Adoleſcens annum ingreſſus 18. pro alio poſtulare poteſt, ergo & ſervum ſuum teſtamentum manumittere; ſunt enim hæc planè diverſa. Ne pigeat in tranſitu diſcere, pueros ingenuos uſque ad annum ætatis decimum ſextum prætexta puerili toga uſos fuiſſe, ingreſſoſque annum decimum ſeptimum puram, quæ & virilis dicitur, ſumpſiſſe: quo ferè anno ad oratorem aliquem deducebantur, qui cum in forum deſcendentes annum unum patronos audiebant; quo aſſiduis auſcultationibus confecto, cauſas ipſi agere, tanquam jam informati & non omnino rudes inſtituebant, funebres autem orationes etiam minore multò ætate habebantur: nam Auguſtus annum agens duodecimum pro concione aviam Juliam defunctam laudaſſe traditur. *Sveton. in Aug. cap. 8. add. Card. Cigon. l. 3. de judic. cap. 18. Hotom. hic.*

Digitized by Google

TITULUS SEPTIMUS.
DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

Conc. Lib. 7. Cod. tit. 3.

TEXTUS.

Lege Fuſia Caninia certus modus conſtitutus erat in ſervis teſtamento manumittendis quam quaſi libertates impedientem, & quodammodo invidiam, tollendam eſſe cenſuimus: quum ſatis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam ſuam familiam libertate donare, niſi alia cauſa impediat libertatem; morientibus autem hujuſmodi licentiam adimere.

NOTÆ.

Lege Fuſia Caninia] Lata hæc lex Auguſti temporibus, ut ex Svetonio intelligimus *c.40.* ubi & ratio legis indicatur, ne ſc. conceſſa libera teſtamento manumittendi poteſtate, libertis & ſordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur: ſuſtulit eam Juſt. *l.un.Cod.hoc tit.*

Certus modus] Certus numerus, quem in manumittendo excedere non liceret. *Vlp.tit. 1. Caj. lib. 1. tit. 2. Paul. 4. ſent. 14.* Apud Vopiſcum legimus, Tacitum Imperatorem in teſtamento ſuo intra Caniniam manſiſſe.

Totam familiam] Theop. *πάντας τοὺς οἰκέτας, omnes ſervos.* Veteres frequenter ſervos omnes unius domini familiam appellant, *tit. D. ſi fam. furt. fec. l. 2. §. 14. D. vi. bon. rapt. l. 195. §. 3. D. de verb. ſign.*

Alia cauſa] Puta ſi manumiſſor ſolvendo non ſit, aut minor XVII. annis.

Morientibus adimere] Argumentatio *κατασκευαστικὴ* ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem: de quo genere argumentandi Everh. & Cantiunc. in *topic.* non procedit, ſi ſpectamus rationem legis Fuſiæ, quæ hæc eſt, quòd faciliùs in teſtamento manumittimus, quàm inter vivos, *fac. l. 4. D. ad ſenat. Vell.* Pac.

COMMENTARIUS.

C*Ertus modus*] Id eſt, certus numerus definitus erat, quem in manumittendo excedere non licebat, vid Ulp. *tit. 1. Gajum lib. 2. tit. 1. Paul. 4. ſent. 14.* Ratio legis hæc fuit, ut ex Svetonio *in Aug. c. 40.* intelligimus, ne conceſſa libera teſtamento manumittendi poteſtate, libertis & ſordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur.

Teſtamento] Cur non etiam inter vivos? nimirum quia & ſine eo ſcopum ſuum lex aſſequitur. Nam metuendum non eſt, ut vivi & valentes tam profusè liberales ſimus, ut ea faciamus, quæ mox morituri, cum rebus noſtris jam non ampliùs uti non poſſe credimus, liberalitatis laudem tum maximè venantes. Pertinet huc inſignis locus apud Dionyſ. Halicarn. *lib. 4.* ubi ſcribit, *multos ſe vidiſſe, qui profuſa honoris ambitione omnes ſervos ſuos teſtamento vel flagitioſiſſimos manumitterent, ut pileati funus ſequerentur.* Atque hic ferè mos eſt legiſlatorum, ut ea ſola prohibeant, quæ facilè fieri poſſe exiſtimant, non quæ difficulter, *l. 4. in fin. ad ſen. Vell.* ubi eadem ratio redditur, cur ſenatus interceſſionem mulieris prohibuerit, non donationem, & videmus, quò facilius quid fieri poteſt, quod lex fieri non vult, eò ſtrictius id vetari: ideo enim lex Julia fundum dotalem alienari vetat invita muliere, obligari etiam ea conſentiente, *inf. quib. al. non lic. in pr.*

Totam familiam] Id eſt, ut Theop. vertit, *πάντας τοὺς οἰκέτας, omnes ſervos.* Servos enim unius domini familiam veteres frequenter appellant, ut in *tit. ſi fam. furt. fec. l. 9. de juriſd. l. illud 32. in pr. ad leg. Aq. optio 13. de opt. leg. l. pronuntiatio 195. §. ſervitutum de verb. ſign.* atque in urbanam & ruſticam dividunt, *Vrbana 166. eod.* Alias pleraſque hujus vocis ſignificationes habes in *d. l. pronuntiatio.*

Alia cauſa impediat] Puta ſi manumiſſor ſolvendo non ſit, vel minor decem & ſeptem annis.

Morientibus adimere.] Argumentatio ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem, eaque *κατασκευαστικὴ*. Quatenus hæc argumentatio procedat, & contra, benè docet *D. Præſes Everard. Claud. Cant. in topic. & Mynſ. hic:* certè non procedit, ſi legis Fuſiæ ſpectemus rationem.

TITULUS OCTAVUS.
DE HIS, QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

Conc. D. Lib. 1. Tit. 6.

TEXTUS.

Altera diviſio perſonarum.

Sequitur de jure perſonarum alia diviſio. Nam quædam perſonæ ſui juris ſunt, quædam alieno juri ſubjectæ. Rurſus earum, quæ alieno juri ſubjectæ ſunt, aliæ ſunt in poteſtate parentum, aliæ in poteſtate dominorum. Videamus itaque de his, quæ alieno

juri

Digitized by Google

juri ſubjecta ſunt. Nam ſi cognoverimus, quænam iſtæ perſonæ ſunt, ſimul intelligemus, quæ ſui juris ſunt; ac priùs inſpiciamus de his, quæ in poteſtate dominorum ſunt.

NOTÆ.

Alia diviſio] Ex Cajo *l. 1. D. hoc. tit.* hac diviſione perſonæ ſuperiore diviſione ſecretæ iterum in unum coguntur, quia de vi & effectu dominicæ poteſtatis adhuc erat cognoſcendum.

Simul intelligemus] Ratio ex hoc principio Logico petenda, *Contrariorum cognito uno cognoſcitur & alterum.* Ariſtot. 1. *topic.* 24. & 2. *cap.* 2. Cic. *in topic.* & 2. *de orat.*

In poteſtate] Varia eſt hujus vocis ſignificatio, *l.* 215. *D. de verb. ſign.* hìc ſummam ſignificat, ἄκραν ἐξουσίαν, ut definit Theoph.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hìc ex Cajo *l. 1. hoc tit.* alia perſonarum diviſio: ſed non ſine vitio. Primùm quia hæc ex ſumma illa, quæ *ſup. tit. 3.* tradita eſt, non deducitur: deinde quia de ſervis jam ante intellectum eſt, eos omnes eſſe juris alieni, ut nihil neceſſe fuerit rem eãdem inculcare. Rectiùs feciſſent Compoſitores, ſi hìc omiſſis ſervis, quorum omnium eadem conditio eſt, liberorum hominum differentias, ſicuti inſtituerant, §. *ult. d. tit.* 1. porrò perſecuti eſſent, eoſque ſubdiviſiſſent in eos, qui ſui, & qui alieni juris ſunt, aut potiùs in patresfam. & filiosfam. ut Ulpian. *l. 4. hoc tit.* Excuſantur tamen, quòd cùm de vi & effectu dominicæ poteſtatis adhuc cognoſcendum erat, cæteras ſuperiore diviſione perſonas in unum iterum coegerint.

Simul intelligemus) Ratio ex hoc principio logico petenda; *Contrariorum cognito uno cognoſcitur & alterum. Ariſtot. 1. Top. 14. & 2. cap. 1. Cic. in Top. & 2. de orat.* Non quòd explicata & cognita una ſpecie generis diviſi ſtatim accuratè cognoſcamus naturam ſpeciei oppoſitæ: ſed quòd illa cognita, intelligimus cætera, quæ ſub genere comprehenſa ſunt, ad ſpecies oppoſitas pertinere. Nam illud tantùm in univerſum verum eſt, unum oppoſitum alterius cognitionem juvare in eo, quatenus oppoſitum eſt: quò pertinet illud Ariſt. 2. *Rhet. cap.* 12. τὰ ἐναντία παρ' ἄλληλα μάλιστα φαίνεται.

TEXTUS.

De jure Gentium in ſervos.

1. *In poteſtate itaque dominorum ſunt ſervi, quæ quidem poteſtas juris gentium eſt, nam apud omnes peræquè gentes animadvertere poſſumus, dominis in ſervos vitæ neciſque poteſtatem fuiſſe: & quodcumque per ſervum acquiritur, id domino acquiri.*

NOTÆ.

1. *Apud omnes gentes*] Sic & Cajus in *d. l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Cæterum hoc de majore parte accipiendum, non de omnibus, & de eo, quod impunè in ſervos fit ex rigore juris gentium. Apud multos autem populos ſummum illud jus vitæ & necis in ſervos uſurpatum non fuiſſe teſtantur hiſtoriæ, vid. Bodin. 1. *de Repub.* 5. Grot. 5. *de jur. bell. & pac.* 14.

Domino acquiri] Hoc rationi juris gentium convenit, & nihil admodum habet iniquitatis: quoniam dominus ad alimenta ſervo præſtanda obligatus eſt. De hoc jure pleniùs infra ſub *tit. per quas perſ. cuiq. acq.* §. 3.

COMMENTARIUS.

1 *Ius vitæ & necis neque omnes gentes uſurpaſſe, neque juſtitia interna licere ſervum occidere.*

EX quo jure ſervitus eſt, ex eodem & dominorum in ſervos poteſtatem eſſe, nemo eſt qui ambigat. Cæterum quod hìc ex Cajo *l. 1. §. 1. hoc tit.* Juſtinianus refert, apud omnes gentes ſummũ illud jus vitæ & necis in ſervos uſurpatum fuiſſe, de majore parte accipiendum eſt deque eo, quod impunè in ſervos fit ex rigore juris gentium. Nam apud multos populos jus hoc uſurpatum non fuiſſe, ſed ſervos humaniter tractatos, ut apud Parthos, Germanos, Hiſpanos, ipſoſque adeò Græcos, teſtes ſunt *Juſtin. l. 4. Tacit. de morib. Germ. Atheneus lib. 6. Bodin. 1. de repub.* 5. Et agnoſcunt omnes, multum diſtare id, quod impunè in ſervum fit ex gentium jure, & id quod naturalis ratio fieri ſinit. *Cùm in ſervum*, inquit Seneca 1. *de Clem.* 18. *omnia liceant, eſt aliquid, quod in hominem licere commune jus vetet.* Et paulò ante; *In mancipio*, ait, *cogitandum, non quantùm illud impunè pati poſſit, ſed quantùm tibi permittat æqui bonique natura, quæ parcere etiam captivis & pretio paratis jubet.* Et verò ſi natura inter homines omnes cognationem quamdam conſtituit; *l. 3. de juſt. & jur.* conſequens eſt, hominem in hominem ſævire, nefas eſſe: ac proindè alienum ab omni humanitate, quàmvis ſervum, hominem tamen occidere, aut crudeliter tractare. Apoſtoli dictum eſt; *Domini, jus & quod æquum eſt, ſervis præſtate, gnari, vobis quoque dominum eſſe in cælo, ad Coloſſ. 4. verſ. 1.*

Quodcumque per ſervum acquiritur) Hoc ut rationi juris gentium convenit (nam qui in aliena non tantùm poteſtate, ſed etiam dominio eſt, nihil proprium habere poteſt, de quo plenius *in §. item vobis, inf. per quas perſ. cuiq. acq.*) ita nihil admodum iniquitatis habet; quoniam dominus viciſſim ad alimenta ſervo præſtanda obligatus eſt.

TEXTUS.

De jure Civium Romanorum in ſervos.

2. *Sed hoc tempore nullis hominibus, qui ſub imperio noſtro ſunt, licet ſine cauſa legibus cognita in ſervos ſuos ſupra modum ſævire. Nam ex conſtitutione Divi Antonini, qui ſine cauſa ſervum ſuum occiderit, non minus puniri jubetur, quàm ſi alienum ſervum occiderit. Sed & major aſperitas dominorum ejuſdem Principis conſtitutione coercetur. Nam Antoninus conſultus à quibuſdam Præſidibus provinciarum de his ſervis, qui ad ædem ſacram, vel ſtatuam Principum confugiunt, præcipit, ut, ſi intolerabilis videatur ſævitia dominorum, cogantur ſervos ſuos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur; & rectè: expedit enim reipublicæ, ne ſua re quis malè utatur. Cujus reſcripti ad Aelium Martianum miſſi verba ſunt hæc:* Dominorum quidem poteſtatem in ſervos illibatam eſſe oportet, nec cuiquam hominum jus ſuum detrahi: ſed & dominorum intereſt, ne auxilium contra ſævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui juſtè deprecantur. Ideòque cognoſce de querelis eorum, qui ex familia Junii Sabini ad ſacram ſtatuam confugerunt, &, ſi vel duriùs habitos, quàm æquum eſt, vel infami injuria affectos eſſe cognoveris, venire jube, ita ut in poteſtatem domini non revertantur. Quòd ſi meæ conſtitutioni fraudem fecerit, ſciat me hoc admiſſum adverſus ſe ſeveriùs executurum.

NOTÆ.

2. *Sine cauſa*] Nam ex cauſa licet, puta ſi ſervum in facinore deprehenderit, in quo repertum etiam liberum hominem occidere fas ſit. Deſcripta hæc partim ex *l.* 1. §. 2. partim ex *l.* 2. *D. hoc tit.*

Non minùs puniri] Hoc ſignificat, qui ſervum ſuum ſine cauſa occidit, tam reum eſſe homicidii, quàm ſi alienum occidiſſet, & teneri publico judicio legis Corneliæ de ſicariis: neque enim privato judicio legis Aquiliæ locus eſt, ubi ſibi quis damnum infert.

Major aſperitas] Modica tantùm caſtigatio dominis permittitur, *l. un. C. de emend. ſerv.* adhibenda tamen etiam circa minores pœnas clementia, juxta illud in conſtitutionibus Clementis Romani, ἐν ὑποτάξει δίκαιος, ὡς πατὴρ, ἐν πραείᾳ ψυχῇ. Grot. *ubi ſup.*

Ædem ſacram] Fana ethnicis pro aſylis erant, Plaut. *Rudent. Virgines duæ Veneris fano ſeſe adverſus lenonis vim tuentur.* Tac. 3. *annal. Complebantur templa peſſimis ſervitiorum, &c.* Sublato Paganiſmo idem jus ἀσυλίας templis Chriſtianorum tributum, *tit. C. de his qui ad Eccleſ. confug. Nov.* 17. Hæc verba, *ad ædem ſacram*, non ſunt apud Ulp. Rufini *tit.* 3. nec in *d. l.* 2. *hoc tit.* nec Theophilus habet.

Statuam Principum] Statuæ quoque Principum his, qui ad eas confugiſſent, aſyla fuerunt *l. un. C. de his qui ad ſtat. princ.* Judæorum populo ſex civitates conſtitutæ erant, quò tutò confugerent, qui ἀκουσίως ſanguinem effudiſſent. *Num.* 35. *Deut.* 19. *Ioſ.* 20.

Bonis conditionibus] Juſto pretio, ut in *l.* 12. *D. de relig.* Et ne dominus infenſus duriores conditiones adjiciat, veluti ut ne manumittantur, ut tanquam fugitivi in vinculis habeantur. Th. & *l.* 25. *D. de ſtatulib.*

Expedit reip.] Hæc ſententia eſt apud Sopotrum. Poteſt quis etiam abuti re ſua, *l.* 25. §. 11. *D. hær. pet.* Sed tamen providendum, ne privati fortunis ſuis abutendo noceant publico.

Ius ſuum detrahi] Ne à Principe quidem cuiquam jus ſuum ſine cauſa detrahi debet. Vid. Hotom. *illuſt. quæſt.* 1.

Dominorum intereſt] Alia ratio decidendi. Si ſervi nullum ſibi contra dominorum ſævitiam auxilium paratum eſſe ſciant, aut manus ſibi afferent, aut in perniciem domini aliquid molientur.

Severiùs executurum] Pro qualitate ſcil. delicti extra ordinem in ipſum animadverſurum. Nam certa pœna hic definita non eſt, Vveſ.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam circa minores pœnas in ſervos oportere adhiberi æquitatem.*
2 *Sicariis, adulteris, raptoribus, & ſimilium criminum reis, jus aſyli dandum non eſſe.*
3 *Poteſtatem quam dominus in re ſua habet, lege civili poſſe reſtringi.*

REfert hic Juſtinianus ex Cajo & Ulpiano *l.* 1. & *l.* 2. *hoc tit.* Antoninum Pium modum poſuiſſe poteſtati dominicæ, qua plerique immoderatè utebantur: quæ hujus poteſtatis moderatio ad jus naturæ ſive internam juſtitiam jus illius exteriùs retraxit.

Sine cauſa] Nam ex cauſa licet; puta ſi ſervum in facinore deprehenderit, in quo repertum etiam liberum occidere jus ſit.

Non minùs puniri jubetur] Hoc eſt, publico judicio legis Corneliæ de ſicariis non minùs obnoxius eſt & reus homicidii, quàm ſi alienum ſervum occidiſſet: nam lex Cornelia non diſtinguit, quis homo occiſus ſit, *l.* 1. §. 2. *ad l. Cor. de ſic.* Utique privatum Aquiliæ judicium locum habere non poteſt, cum quis ſibi damnum, non alii, infert.

Ma·or aſperitas] Modica autem caſtigatio dominis

Digitized by Google

minis permittitur, *l.un.C.de emend.ſerv.* & tamen etiam circa pœnas minores, puta verbera, in ſervos adhibenda eſt æquitas, imò & clementia. In conſtitutionibus, quæ Clementi Romano adſcribuntur, legimus, *ἐν ὑπερέξεις δύναμιν, ὦ ταπείνωσιν, ἐν πικρίᾳ ψυχῆς*. *Non opprimes ſervum, non dominaberis ei durè*, ait lex divina de ſervo hebræo *Deut.* 15. quod nunc prolata vi proximitatis ad omnes ſervos debet extendi. Et Apoſtolus *ad Eph.6.* dominis imperat, *ne cum ſervis minaciter agant*, eo argumento, *quòd & ipſi dominum in cælis habeant, qui ad talia qualitatum diſcrimina nō attendat*. Sed & operæ cum modo exigendæ ſunt, & valetudinis ſervorum humanè habenda ratio; quod ipſū præter alia ſpectat lex divina in Sabbati inſtitutione, nimirum ut laboribus aliquod daretur ſpiramentum. C.Plin. *lib.5.epiſt.* 19. ſic ad Paulinū ſcribit: *Video quàm molliter tuos habeas, quo ſimplicius confitebor tibi, qua indulgentia meos tractem. Eſt mihi ſemper in animo Homericum illud*, πατὴρ δ᾽ ὣς ἤπιος ἦεν, & hoc noſtrum *paterfamilias*. In qua voce & Seneca veterum humanitatem obſervat; *Ne illud quidem vides*, inquit, *quàm omnem invidiam majores noſtri dominis, omnem contumeliam ſervis detraxerint. Dominum patremfamiliæ appellaverunt: ſervos familiares epiſt.47.* Plura hujuſmodi habet Grot. *lib.3.de jur.bel.& pac.c.14.*

Ad ædem ſacram] Ad fana ſeu templa Deorum quò confugientes aras & ſigna Deorum amplecti ſolebant. *Plaut.Moſtel.act.5.ſcen.1.& Rudent.act.2.ſen.7.Virg.2.Æneid.* eòdemque & obærati adversùs creditores, ſuſpectique criminum capitalium receptabantur, *Tacit.3.annal.* & quia ab his locis neminem eripere fas erat, ideò *ἄσυλα* dicta ſunt. Sublato paganiſmo Imp. Chriſtiani idem jus etiam templis Chriſtianorum tribuerunt, *tit.C.de his qui ad Eccleſ.conf.* ſed levioris tantùm delicti ſuſpectos recipi voluerūt, non ſicarios, adul-
2 teros, raptores, aut ſimilium criminum reos; neque *τοῖς ἀδικοῦσιν, ἀλλὰ τοῖς ἀδικουμένοις*, jus aſyli dari, *Nov.17.c.7.Nov.37.* convenienter legi Divinæ, quæ jubet homicidam ab altari abſtrahi, atque iis ſolùm aſylum dari, qui *ἀκουσίως* ſanguinem effuderint. *Exod.c.21.verſ.13.& ſeq.Num.35.verſ.11.Joſ.c.20.v.3.* Cui etiam convenit quod Thucydides *lib.4.* ſcribit, *τῶν ἀκουσίων ἁμαρτημάτων κα- φυγὴν εἶναι τοὺς βωμούς*. Jure autem canonico, remotis ſolis nocturnis populatoribus agrorum, & publicis latronibus, cæteri cujuſcumque facinoris rei immunitate Eccleſiarum gaudent, *c.inter alia, & c.fin.de immun.Eccleſ.* Quam Pontificum ſanctionem non immeritò jam olim improbavit Ferrarienſ. *in forma inquiſ. in pr. n.31.* ubi ſcribit hæc jura Canonica facta eſſe ſine ratione ad beneplacitum, imò contra jus divinum, quo cautum eſt; *Domus mea domus orationis vocabitur: vos autem feciſtis eam ſpeluncam latronum, &c.* In Colonienſi editione ann.1590. hæc & ſimilia Cyni, quæ eodē loco citat Ferrarienſ. conſultò expunxit cenſor.

Ad ſtatuam Principum] Statuæ etiam Principum his qui ad eas confugiſſent, aſyla fuere, *l.1.§.*
Vinnius in Inſtitut.
1.de offic.præf.urb. l.un. C. de his qui ad ſtat. prin conf. quæ ſtatuarum veneratio ſanè antiqua eſt. Meminit Livius *lib.* 13. ſtatuæ Ptolomæi regis apud Cyrenas, ad quam cùm quidam Decius Magius Campanus, qui à Pœnis vinctus Carthaginem ducebatur, confugiſſet, manus hoſtium evaſerit. Plura de ſtatuis & imaginibus Principum vide apud *Briſſon.4.antiq.11.*

Cogantur ſervos ſuos] Apud Græcos quoque ſervis duriùs habitis licebat *πρᾶσιν αἰτεῖν*, ad venditionem proclamare, teſt. Plutarch. *περὶ δεισιδαιμ.* aut certa pecunia ſe redimere, ut ex Plauti Caſina diſcimus, quæ Comœdia Attica eſt. Simile exemplum extat in *l.ult.ſi à par.quis man.* de patre, qui filium, quem contra pietatem malè afficiebat, manumittere cogitur.

Bonis conditionibus] Juſto pretio: item ne gravis conditio venditioni à domino ſervis injuria apponatur; veluti, ut ne manumittantur, ut Italia exportentur, ut in vinculis ſemper habeantur. Theophil.

Vendere] Nemo rem ſuam vendere cogitur, *l.invitum, C.de contr.empt.* ac ne juſto quidem pretio, *l.9.de act.rer.am.* niſi id exigat utilitas publica, quæ hujus regulæ generalis eſt exceptio. Cauſæ impulſivæ variæ eſſe poſſunt, veluti ut tempore famis & annonæ caritatis cogantur divites & maximè negotiatores frumentum atque alia edulia juſto pretio vendere, *per l.3.§. carius de off. præf.urb.l.annonam de extraord. crim.* In ſervis hic eſt juſta deprecatio auxilii contra ſævitiam dominorum. Eſt & favor libertatis, *§.ult. inſ. de donat.* Sed & favore religionis idem receptum, ut in ſpecie *l.12.in fin.de religioſ.*

Pretium dominis daretur] Obſervandum etiam tunc, cùm quis ex juſta cauſa rem ſuam alienare cogitur, pretium ei reddendum eſſe.

Expedit enim Reſpub.] Eſt quidem unuſquiſque rei ſuæ moderator & arbiter, *l.in re mandata, C.mand.* in tantùm ut ea etiam abuti poſſit, *l.ſed etſi 25.§.conſuluit, de hær.pet.* Cæterum intereſt reipub. huic arbitrio modū à lege præſcribi, ne privati fortunis ſuis abutendo, publico noceant. Accedit hìc conditio perſonæ, quæ licèt fortuna ſervus, homo tamen eſt, & jure naturæ domino æ- 3
qualis. Nimirum Reip. inſtitutio id ſecum fert ut dominium quoddam habeat ſuperius ſingulorum dominio ad neceſſitates, aut utilitates publicas, quod Grotius *lib.2.de jur.bell. & pac. cap. 2. in flor. ſparſ. ad l.* Barberius *de off. Frat.* appellat dominium eminens, & in hāc ſententiam egregiè diſputat Plato *lib.11.de legib.* Hinc eſt, quòd Princeps etiam de bonis ſubditorum diſponere poteſt, dirigendo eorum uſum ad publicam ſeu communem utilitatem. Qua de cauſa etiam perſæpè poteſtas, quam quiſque dominus in re ſua habet, lege civili reſtringitur ac terminatur.

Nec cuiquam hominum jus ſuum detrahi] Ratio dubitandi in hoc reſcripto. Unde intelligimus, ne à principe quidem poſſe cuiquam jus ſuum ſine cauſa detrahi, de quo vid. Hotom. *Illuſtr.qu.c.1.*

D *Sed*

Sed & dominorum intereſt] Alia decidendi ratio præter eam, quæ ſuprà poſita eſt, ad ipſos dominos pertinens; ne videlicet ſervi, ſi nullum ſibi contra ſævitiam auxilium paratum eſſe ſciant, aut aufugiant, aut manus ſibi afferent, aut in perniciem dominorum aliquid machinentur. Cæterum ex iis, quæ ſuprà diſputavimus, abundè liquet, opus non eſſe, ut cauſa coercendæ dominicæ poteſtatis, ſummo gentium jure conceſſæ, aliunde petatur, quàm ex eo, quòd ratio naturalis fieri ſinit, à qua longè abit abſoluta illa & infinita poteſtas, quàm pleræque gentes & cùm his Romani uſurparunt.

Severius executurum] Nimirum pro qualitate delicti & fraudis admiſſæ extra ordinem puniturum, nam certa pœna hìc definita non eſt.

TITULUS NONUS.
DE PATRIA POTESTATE.

Lib. 8. Cod. Tit. 47.

Continuatio & Argumentum Tituli.

SEquitur pars altera diviſionis initio ſuperioris tituli traditæ, ad eos pertinens, qui ſunt in poteſtate patria. Poteſtas hæc tribus modis conſtituitur; juſtis nuptiis, legitimatione, adoptione. Nuptiæ naturalem hujus poteſtatis cauſam continent; ideòque de hoc modo primò loco quæritur: doceturque hoc titulo, quid ſint nuptiæ, cujus juris ſit patria poteſtas, qui quos in poteſtate habeant. De effectis hujus poteſtatis, quod Juſtinianus omiſit, nonnihil nos dicemus in exegeſi, §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

Summa tituli.

In poteſtate noſtra ſunt liberi noſtri, quos ex juſtis nuptiis procreavimus.

NOTÆ.

In poteſtate noſtra] Ex Ulpian. in *l. 3. D. de his qui ſui vel alieni jur.*

Juſtis nuptiis] Nam ex injuſta conjunctione nati in poteſtate patris non ſunt, *l. 23. & ſeq. D. de ſtat. hom.* § *pen. infr. tit. ſeq.* Denique in hoc negotio is ſolus pater habetur, quem nuptiæ demonſtrant, *l. 5. D. de in jus voc.* In notis I. N. Q. *Juſtis nuptiis quæſitus.* Grot.

COMMENTARIUS.

EX *juſtis nuptiis*] Nam ut nuper diximus, liberi ex injuſto matrimonio nati in poteſtate patris non ſunt, *l. 11. de ſtat. hom.* adeòque nec patrem jure civili habere intelliguntur, ſicut nec vulgò concepti §. *pen. ſeq. tit.* Lege quidem naturæ matris conditionem ſequuntur, ut ſcribit Juriſconſultus in *l. lex natur. d. tit.* ſed cùm fœminæ liberos in poteſtate non habeant, §. *fœminæ, inf. de adopt.* ſequitur eos nec in poteſtate avi materni eſſe.

TEXTUS.

Definitio nuptiarum.

1. *Nuptiæ autem, ſive matrimonium, eſt viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ conſuetudinem continens.*

NOTÆ.

1. *Nuptiæ*] Sic dictæ à nubendo, quòd olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo ſolebant. *Feſt. Non & alii.*

Nuptiæ ſive matrimonium] Promiſcuè ferè hæc vocabula uſurpantur; ſæpè tamen nuptias cùm dicimus, intelligimus celebritatem nuptialis diei, *l. pen. §. 1. D. de don. int. vir. & ux. l. 24. de nupt.* & ita quoque γάμος accipitur apud Joan. Evang. *c. 2.*

Viri & mulieris] ἑνικῶς, ad excludendam polygamiam, id eſt, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: ſucceſſivè autem plures uxores habere, id eſt, ſoluto per mortem matrimonio, aliam ducere, prohibitum non eſt.

Conjunctio] Conſenſu ſuſcepta, nuptias enim non concubitus, ſed conſenſus facit, *l. 30. de reg. jur. l. 15. D. de cond. & dem.*

Individuã, &c.] Modeſtin. *l. 1. D. de rit. nupt.* Cõſortium omnis vitæ, quo ſignificatur non tantùm domeſtica ſocietas, ſed etiam indiviſus & promiſcuus rerum omnium inter conjuges uſus, rerum & corporum communicatio. Duar. *c. 1. de nupt.* Vera tamen inter conjuges non eſt bonorum ſocietas.

Continens] Nempe voto & propoſito contrahentium: nam eventus non ſemper reſpondet.

COMMENTARIUS.

1 *Ad perficiendas nuptias præter legitimum contrahentium conſenſum nihil deſiderari.*
2 *Non licet plures uxores eodem tempore habere.*
3 *Quo ſenſu nuptiæ dicantur individua conſuetudo, & quæ gentes in ea perpetuò perſtiterint.*
4 *Quid vitæ conſuetudine ſignificetur.*
5 *De ſponſalibus quædam notatu digna.*

NUptiæ ſive matrimonium] Promiſcuè ferè hæc vocabula (*nuptiæ & matrimonium*) uſurpantur. Sæpè tamen nuptias cùm dicimus, intelligimus feſtivitatem & celebritatem nuptialis diei, ut in *l. pen. de donat. int. vir. & ux. l. ſancimus,*

C. de

Digitized by Google

C. de nupt. ſicut & apud Græcos γάμος accipitur, *Ioan. c.* 2. Illud tranſlatitium eſt, nuptias à *nubendo* dictas eſſe, eò quòd olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo ſolebant, idque Feſtus, Nonius & alii compluresnotant. Seneca in *Octavia*, de Poppæa Neroni nubente;

Velata ſummum flammeo tenui caput.

Conjunctio] Hoc generis loco ponitur: & ſimul cauſam efficientem denotat, nempe conſenſum, qui ut rerum, ita & vitæ ſocietatem efficit. Eſt quidem principalis matrimonii finis ſobolis procreatio, quàm ſine corporum conjunctione habere non poſſumus; unde etiam inter eas perſonas, quæ ad eam rem inhabiles ſunt, nuptiæ non conſiſtunt, *l. ſi ſerva*, 39 §. 1. *de jur. dot.* ſed ad vinculum matrimonii conſenſu ſtabilitum nihil adjicit, juxta tritum illud, *Nuptias non concubitus, ſed conſenſus facit*, *l. pen. de don. int. vir. & ux. l. 15. de cond. & dem. l. nuptias* 30. *de reg. jur.* Sunt qui ad implendas nuptias jure Romano neceſſariam fuiſſe exiſtimant ſolemnem illam deductionem mulieris in domum mariti, quæ veteribus uſurpata fuit, aut nuptiarum feſtivitatem, per l. 5. *de rit. nupt. l. 15. de cond. & dem. l. 6. C. de donat. ante nupt. l. ſancimus* 24. *C. de nupt.* Sed verius eſt, neutrum eorum ut neceſſarium deſiderari, ut intelligere licet ex reſponſo Scævolæ *l. pen. de don. int. vir. & ux.* & reſcripto Theodoſii *l. ſi donationum* 12. *C. de nup.* nec admodum difficile eſt ad ſuperiores locos reſpondere. Nam in *l. 5. de rit. nupt.* Juriſconſultus non docet, quomodo nuptiæ contrahantur, ſed rationem ac formam tantùm deductionis demonſtrat. Quod autem Ulpian. in *l. 15. de cond. & demon.* ait conditionem nuptiarum tunc impletam eſſe, cùm uxor ducta eſt, & Juſtinian. *l. ſancimus, C. de nupt.* conditionem nuptiarum non aliter impleri, quàm ſi ipſa nuptiarum accedat feſtivitas: ex mente extraneorum ſumptum eſt, qui cùm nuptias alicujus futuras nominant, ad ſolemnitatem & celebritatem nuptiarum cogitationem referre ſolent. Sed & in re ambigua hoc ritu conſenſus declaratur, & nuptiæ ex deductione, aut feſtivitate intelliguntur perfectæ, quod tantùm oſtendere voluit *Imp. in d. l. 6. C. de donat. ante nupt.* Qui priſcorum ritus in nuptiis adhiberi ſolitos noſſe cupit, legat Briſſon. *lib. ſingul. de rit. nupt.*

Viri & mulieris] Nam duorum ejuſdem ſexus conjunctio deteſtanda eſt, & lege Dei, lege naturæ, legibus omnium gentium damnata. Ait, mulieris, ἑνός, ad excludendam polygamiam, id eſt, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: nam ſucceſſivè plures uxores habere, aut quod idem eſt, matrimonio per mortem alterius ſoluto, aliam ducere, prohibitū non eſt; quod tamen & ipſum ſpecies eſt πολυγαμίας. Igitur apud Romanos vetitū fuit, plures uxores eodem tempore habere; quod & aliarum quoque gentium moribus improbatum fuiſſe oſtendimus *tit. ſeq. § affinitatis*: idque divinæ ſimul ac naturali legi convenienter, quod ego paucis, ſed firmis rationibus confirmabo. Legi divinæ primæque inſtitutioni matrimonii contrariam eſſe polygamiam evincitur primùm ex loco *Matth.* 19. 8. Nam argumentum, quo ibi Chriſtus utitur adversùs divortium, *ab initio autem ita non fuit*, nullas vires habet, niſi hanc majorem præſupponat: Ita in matrimonio ſe res habere debet, quemadmodùm in principio fuit. Aſſume jam: Atqui initio duo tantùm conjuncti fuerunt in carnem unam, *Geneſ. 2. ſub fin.* Ergo lege inſtitutionis matrimonii duo tantùm, id eſt, mas cum fœmina una conjugi debet. Eadem planè ratione & ex prima conjugii inſtitutione licetiam polygamiæ damnat Malachias *cap 2. verſ. 14. & ſeq.* ut benè oſtendit vir doctiſſimus collega noſter D. Joann. Coccejus in *ἀνάλυσι Malach.* Præterea *Levit.* 18 polygamia expreſsè prohibetur, quòd ſummi Theologi & Hebrææ linguæ peritiſſimi Junius & Tremellius firmiſſimis rationibus demonſtrant locum ex phraſi Hebræa ita vertentes: *Mulierem unam ad alteram ne aſſumito.* Tertiò, cùm cæremonialia præcepta in novo Teſtamento abrogata fuerint, quæcumque Apoſtoli præcepta tradidere, moralia eſſe conſtat, cùm in politia, tum in œconomia, & à ſingulis obſervanda. Atqui *1. Cor.* 7. 2. monogamia præcipitur iis, qui matrimonium expetunt: non poteſt enim, quod vult Apoſtolus, unaquæque mulier ſuum proprium virum habere, ſi communem cum aliis in polygamia habeat. Quod autem morale eſt, id à ſingulis obſervandum, & perpetui juris eſt; adeòque & in veteri Teſtamento obtinuit. Denique videmus primam inſtitutionem conjugii ſic exponi à Chriſto & Apoſtolo, ut duo ſolummodò in unam carnem coaleſcere cenſeantur, *Matth. 19. 5. & 2. Cor. 6. 16.* nec ante Lamechum Cainici generis hominem quemquam legimus plures ſimul uxores duxiſſe: ex quo intelligimus polygamiam ſicut & reliquas corruptelas paulatim irrepſiſſe. Quorſum enim alias in Lamecho expreſsè notaſſet Moſes? *Geneſ. 4. verſ.* 19. Sed & communis ratio polygamiam damnat, primùm quia mutuum conjugum amorem, quem ſingulares nuptiæ fovent, dividit: deindè quia fidē violat, quia alter alteri ſeſe perpetua conſuetudinis vitæ obligatione tradit, & corpus ſuum mancipat: unde meritò Chriſtus pronuntiat eum mœchari, qui vinculo prioris matrimonii non ſoluto aliam uxorem ducit, *Matth.* 19. 9. Poſtremò & ratio ſocietatis exigit, ut quemadmodum uxor uni viro, ita, viciſſim vir uni uxori obſtringatur & adhæreat, ut diſputat Grot. 1. *manud.* 3. quâquam aliò abit *lib. 2. de jur. bell. c. 5.* Quamobrem concludendum eſt non licere plures uxores eodem tempore habere; ac proindè Patrum exempla, quos plures uxores habuiſſe legimus, nobis imitanda non eſſe: quoniam polygamiam illorum Deus non approbavit, ſed toleravit dumtaxat, aut indulſit, non laſciviendi, ſed gignendæ piæ ſobolis gratia, propter promiſſionem de multiplicatione ſeminis; ſicut & in aliis quibuſdam connivit, quæ cum prima conjugii inſtitutione, ad quam ea Chriſtus revocat, non conveniunt, *Matth. 5. 32. & 19. 3. & ſeqq.*

Marci 10.4. *Luc.* 16. 18. Peccaverunt nimirum in hoc & ipſi patres, quamquam errore potiùs judicii, non ſatis erudita conſcientia, quàm aperta improbitate, cùm exemplorum multitudo effeciſſet, ut peccatum quamdam rei indifferentis ſpeciem induiſſet; quod Deus benignè ei condonavit. Atque hæc etiam ſententia eſt Innocentii tertii in *cap. gaudemus, x. de divort.* & communis Pontificiorum, Covar. *de matrim. p.* 2. *c.* 7. §. 3. ubi ait, etſi plures uxores habere, propriè non adverſetur legi naturæ, id eſt primis juris naturæ principiis; contrarium tamen eſſe legi quaſi naturali, hoc eſt, concluſionibus à primis ejuſdem juris principiis deductis: deque hac lege ſolum Deum diſpenſare poſſe; & ita etiam *D. Thom. in* 4. *ſent. quæſt.* 33. *art.* 2.

Individuam] Verbum hoc, *individuum*, duobus modis accipitur: uno modo pro eo, quod
3 commune adhuc eſt atque indiviſum, quo ſenſu individua hæreditas dicitur à Modeſtino *l. ſine* 32 §. *Lucius de adm. tut.* & à Paulo individuum curæ officium, *l. Lucius* 46. §. 1. *eod.* altero modo pro eo, quod dividi non poteſt, ut cùm ſervitutes, obligationes, ſtipulationes individuas dicimus. Atque utraque ſignificatio huic loco convenit: prima quidem ſimpliciter, ut ex iis, quæ mox dicemus, patebit: altera ſecundùm quid, videlicet reſpectu aliarum conjunctionum & ſocietatum, quæ facilè dividi, hoc eſt, ſeparari, & pro arbitrio unius diſſolvi poſſunt. Neque enim nuptiis paſſim renuntiare licet: adeòque Impp. Chriſtiani non niſi ex graviſſimis cauſis divortia admittunt, *l.* 8. *C. de Repub. Nov.* 117. *c.* 8. *&* 9. Dici etiam poteſt; conjugale vinculum ex propoſito & voto contrahentium perpetuum atque individuũ eſſe, licèt ex accidenti aliquando contingat ſeparatio, quòd in definitione conſiderandum non fuit. Quòd ſi hæc res ad primam matrimonii inſtitutionem, & ad eam, quàm hic Deus ſibi partem vindicat, exigatur, multò juſtiùs hæc conjunctio dicetur individua. Nam ut Chriſtus nos docet, initio conjugium ſic à Deo inſtitutum eſt, ut indiſſolubile eſſet. Et Deus interveniens perſonas conjungit. Quòd autem Deus conjungit homo ſeparare non debet. *Matth.* 19. quo etiam loco, *&* *Matth.* 5. prohibentur omnia divortia, præterquam quæ ex cauſa adulterii fiunt. In illa autem, quam dixi, perpetua atque individua vitæ conſuetudine Germanos perſtitiſſe ſcribit Tacitus *de mor.* *Germ.* Apud Romanos quoque à condita urbe uſque ad annum 520. nullum inter virũ & uxorem divortium interceſſiſſe, teſtes ſunt *Dionyſ. Halic. lib.* 2. *Val. Max. lib.* 2. *c.* 1. *Gell. lib.* 4. *cap.* 3. Primus Sp. Carvilius Romæ uxorem ſterilitatis cauſa dimiſit, ut iidem teſtantur. Procedẽte tempore divortia paſſim & ſine ulla cauſæ redditione permiſſa, ſed viris dumtaxat, ut arguit locus Plauti *in Mercat. act.* 4. *ſcen.* 6. Tandem etiam uxoribus, ut conſtat ex *tit. de divort. & repud.* Juvenalis *ſatyr.* 6. notat mulierem, quæ crebrò divertendo intra quinquennium octies viros permutaverat.

Individuam vitæ conſuetudinem continens] Adjunctum proprium atque ex parte finis. His autem verbis exiſtimo Juſtinianum ſignificare non 4
tantùm domeſticam ſocietatem & converſationem, ſed etiam rerum quamdam communionem & indiviſum rerũ omnium inter conjuges uſum, in ſumma rerum & corporum communicatione, *συμβίωσιν & συναναστροφὰς κοινάς*. Atque hâc interpretationem adjuvat Modeſtinus *l.* 1. *de rit. nupt.* cùm ait: Nuptiæ ſunt conjunctio maris & fœminæ, *conſortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio*. Nulla enim res eſt, ſive divini, ſive humani juris, quàm conjux cum conjuge non communicet, cujuſque inter eos, ſalva honeſtate conjugii, promiſcuus uſus eſſe non debeat. Unde Gordianus Imp. uxorem dicit ſuſcipi *ſociam divinæ & humanæ domus*, *l.* 4. *C. de crim. exp. hæc*. Quamquàm fortaſſe Modeſtinus & Gordianus, cùm ita loquuntur, aliò reſpiciunt, nempe ad ſacra paganorum, quæ domi ſibi quiſque & familiæ ſuæ habebat, quorum uxor fiebat ſocia. Meminit horum ſacrorum, *Cic.* 2. *de legib. Plaut. in Captiv. Plin. in Paneg. add. Duar. in tit. ſolut. matrim. de nupt.* Malè nonnulli hæc definitionis verba referunt ad communionem bonorum: nam vera bonorum ſocietas, qualis in his regionibus, inter virum & uxorem nulla eſt, neque jure civili, neque jure canonico. *Peck. de teſtam. conj.* 2. *cap.* 1. *Covar. de matr. p.* 2. *c.* 7. §. 1. *Chaſſan. de conſuetud. Burgund. rubr.* 4. *n.* 4. *&* 16.

Nuptias honeſtatis cauſa præcedere ſolent ſponſalia, ita dicta à ſpondendo, quia moris fuit 5
veteribus ſtipulari & ſpondere ſibi uxores futuras, *l.* 2. *de ſponſal. Gell. lib.* 4. *c.* 4. unde etiam ſponſi ſponſæque appellatio nata eſt; *l.* 3. *eod.* Sunt autem ſponſalia, ut Florentinus definit, mentio & repromiſſio futurarum nuptiarum, *l.* 1. *eod.* Ait, *futurarum nuptiarum*; ſiquidem unum tantùm genus eſt ſponſaliorum, mutua ſcilicet promiſſio de futuris nuptiis: quamvis enim jus Canonicum duo genera conſtituat, unum eorum, quæ de futuro appellant, alterum, quæ de præſenti; *c. pen. & ult. x. eod.* hãc tamen diſtinctionem auctores juris civilis non agnoſcunt, quibus ſponſalia de præſenti ſunt ipſum matrimonium jam mutuo conſenſu contractum, *l. nuptias* 30. *de reg. jur.* Sed neque juris canonici interpp. per ſponſalia de præſenti, quæ vocant, negant contrahi matrimonium: ſed tantùm reſpectu matrimonii per conjunctionem corporum conſummati, hæc etiam ſpõſalia ab iis dicuntur, *Panor. d. c. pen. n.* 2. *Covar. de ſponſal. p.* 1. *c.* 1. *n.* 6. *& in c. omnis rex c. cum intimatur, c. conjuges, c. conjugium, c.* 27. *q.* 2. Sponſus & ſponſa de præſenti vocantur vir & uxor, ita tamen ut poſt copulam hæc ſponſalia de præſenti indiſſolubilia ſint quacumque poteſtate quoad vinculum: ſi verò conjunctio corporum nondum intervenerit, diſſolvi poſſint Religionis monaſticæ profeſſione *cap.* 2. *&* 7. *de converſ. conjug.* Noſtrates quoque uxorem à ſponſa hoc ſolo diſtinguunt, quod uxor poſt nuptialem benedictionem & conjunctionem thori dicatur, antea appelletur ſponſa. Sponſaliorum de futuro hic effectus erat jure ca-

nonum,

Digitized by Google

nonum, quòd in matrimonium tranſiren per ſubſequentem corporum commixtionem inter ſponſum & ſponſam, *c. veniens* 15. *cap. is qui fidem* 30. *x. de ſponſal.* quamvis canones iſti decreto Concilii Tridentini abrogati ſint, *ſeſſ.* 24. *c.* 1. §. *qui aliter, de reform. matr.*

TEXTUS.

Qui habent in poteſtate.

2. *Jus autem poteſtatis, quod in liberos habemus, proprium eſt civium Romanorum: nulli enim alii ſunt homines, qui talem in liberos habeant poteſtatem, qualem nos habemus.*

NOTÆ.

2. *Proprium civium Rom.*] Lege Romuli primùm introductum, repetitum poſteà & confirmatum à Decem viris. Dionyſ. Halic. *lib.* 2.

Talem poteſtatem] Significat etiam alias gentes habere in liberos poteſtatem, ſed diſſimilem, nempè patria poteſtas indefinitè conſiderata originem ex jure naturæ trahit. Plin. *in panegyr. Vis & lex naturæ ſemper in ditione parentum eſſe liberos juſſit*, ut etiam Ariſt. 1. *polit.* 8.

Qualem nos] Immenſam & planè δεσποτικὴν, quæ continebat jus vitæ & necis, vid. Halic. *ubi ſup. l.* 11. *D. lib. & poſthum. l. ult. C. hoc tit.* Sigon. *lib.* 1. *de jur. ant. civ. Rom.* 10. quam alii ut tyrannicam repudiant, teſte Simplic. *ad Epicteti Enchirid.* Similè patrium jus apud Perſas, ut tyrannicum, accuſat Ariſtot. 8. *Nichomac. c.* 12. Et procedente tempore etiam apud Romanos jura patriæ poteſtatis multùm imminuta.

COMMENTARIUS.

1 *Quo ſenſu patria poteſtas dicatur propria civium Rom.*

2 *Ius patriæ poteſtatis par herili initio fuiſſe, ſed ſenſim multis modis imminutum.*

Certum, eſt, Juſtinianum hoc loco diſtinguere voluiſſe patriam poteſtatem à dominica, idque à cauſa efficiente. Nam §. 1. *præced. tit.* dominicam dixit eſſe juris gentium, hic patriam dicit eſſe propriam civium Rom. ſive juris civilis. Videamus, quàm rectè Juris civilis eſſe dicatur non ſolùm, quæ ſunt juris merè poſitivi, ſed etiam ea, quæ mixti juris ſunt, & ſecundùm quid tantùm civilis; quatenus ſcilicet cùm alioqui originem ex jure naturæ aut gentium habeant, lex civilis certam eis formam dedit, noviſque qualitatibus induta civium ea propria fecit, excluſis ab eorum communione peregrinis: quòd pluribus docemus, & exemplis declaramus, §. 1. *ſup. de jur. nat. gen.* Inter ea quæ mixti juris ſunt, numeranda eſt patria poteſtas: nam origo ejus non ex alio jure, quàm ex quo matrimonium, quæ prima & antiquiſſima paterni imperii cauſa eſt, nimirùm marito, ut capiti familiæ, naturæ lege atque ordine competit imperium in omnem familiam, in uxorem, in liberos, in ſervos: quamvis non eodem imperii genere omnibus imperet. Nam, ut rectè & naturali rationi convenienter docet Ariſtot. 1. *pol. c.* 1. & 8. *Ethic.* 12. neque maritus uxorem, neque pater liberos ſervili imperio regere debet, ſed uxorem πολιτικῶς, ut in optimatum republ. magiſtratus cives ſuos: liberos autem βασιλικῶς, ut rex ſubditos; quos ut rex amat, & ut ad eorum utilitatem omnia dirigit, ita & liberos ex ſe genitos amat pater, curam eorum gerit, iiſque prodeſſe omnibus modis ſtudet. Itaque patria poteſtas ſimpliciter & in genere conſiderata juris gentium eſt, adeòque dominica antiquior, & tantò antiquior, quantò matrimonium antiquius eſt bellis & ſervitutibus. Vis & lex naturæ ſemper in ditione parentum eſſe liberos juſſit, ait Plinius in *Paneg. Trajan.* At conſiderata in ſpecie & definitè ſecùndùm leges & mores Romanorum civilis eſt, & hoc ſenſu rectè opponitur poteſtati dominicæ, quæ meri eſt juris gentium, §. 1. *ſup. cit.* Ac tametſi Antoninus modum dominicæ poteſtati poſuit, non ideò tamen ea facta eſt juris civilis ſive civiũ Rom. propria, ut falsò exiſtimant. *Mynſ. Schneid. Vveſ. ad* §. 2. *pr. cit.* quippè cùm & peregrini idem ſemper jus habuerint: ſed res tantùm revocata eſt ad rationem juris gentium primævi. Vid. quæ notamus ſub *d.* §. 1. & 2. Eſſe autem hanc etiam mentem Juſtiniani, verba hujus §. non obſcurè oſtendunt. Nam hoc ipſo quod ait, nullos alios homines *talem poteſtatem in liberos habere, qualem cives Romani habent*, ſatis ſignificat, etiam alios homines habere poteſtatem in liberos, quamvis talem fortaſſis nulli habeant. Utique qui formas vivendi Græciæ civitatibus condiderunt, certum voluerunt eſſe modum patriæ poteſtatis ac finem, ut nimirum patribus tãtummodò liceret liberos modicè caſtigare: qua via ſi nihil proficerent, ultimũ erat, ut eos abdicarent, id eſt, nudos re omni domo expellerent: quæ adbicatio ἀποκήρυξις dicebatur, *l.* 6. *C. hoc tit.* Eam autem poteſtatem alii annis terminabant, alii matrimonio, nonnulli publica in viros adſcriptione, teſte Dionyſ. Halicarn. *lib.* 2. At Romanorum in liberos poteſtas neque finem habuit, nec modum. Non finem, quia in omne vitæ filii tempus producta fuit, etiamſi ſummos honores geſſiſſet, & laudem ſingularis erga rempublic. ſtudii conſecutus eſſet. Non modum, quia immenſa fuit & planè δεσποτική. Nam primùm ex lege Romuli, repetita poſtea & confirmata à Decem viris, filiusfamil. in patris ſui manu, poteſtate mancipioque erat, habebatque pater jus in eum vitæ & necis, terque venum dandi poteſtatem: in quo majus etiam jus patris, quàm domini fuit: auctore eodem Dionyſ. *d. lib.* 2. fac. *l. in ſuis* 11. *de lib. & poſthum. l. ult. C. de pat. pot.* quo tamen loco lapſus eſt in eo Conſtantinus, quòd ſcribit non licuiſſe patri filio eripere libertatem: niſi ſic eum excuſari placeat, quòd jus vendendi citiùs exoleverit, quàm vitæ & necis. Equidem plus hac in re tribuendum exiſtimo teſtimonio accuratiſſimi

Vinnius in Inſtit.

antiquitatum Romanarum ſcriptoris, qui Auguſti temporibus floruit, quàm Principis Byzantini Quod verò *Ulp. in l.8. de his qui ſui vel alien. jur.* ſcribit, jus poteſtatis moribus receptum eſſe: id tantùm, ut ego exiſtimo, verum eſt reſpectu quorumdam effectuum, qui moribus vel introducti ſunt, ut ſubſtitutio pupillaris, *l.2. de vul. & pup.* aut in imaginarios converſi, ut venumdandi poteſtas. Præterea quemadmodum ſervus domino, ita filius omnia acquirebat patri, ut ſcribit idem auctor *lib.* 8. Sed jus illud vitæ & necis, vendendi, alienandi; mancipandi poteſtas, utpotè à ratione juris naturæ, atque à pietate, in qua patris imperium conſiſtere debet, *l. 5. de leg. Pomp. de parricid.* nimis longè recedens, meritò poſteà diſplicuit, permiſſumque dumtaxat patri privatim filium caſtigare & corrigere: ſi verò quid tale filius admiſiſſet, quod graviorem animadverſionem deſideraret, ad magiſtratum rem deferri leges voluerunt, *l. 3. C. de pat. pot. l. un. C. de emend. prop. l. 2. ad leg. Corn. de ſicar.* Ita paulatim aſperi & duri Romanorum mores mitigari cœperunt Græcorum condimentis, ut videtur; à quibus cùm bonarum literarum diſciplinas accepiſſent, ad hanc ſunt manſuetudinem morum facilitatemq. revocati. Sed & jus acquirendi per filium multis modis imminutum eſt, de quo dicemus *inf. tit. per quas perſ. cuiq. acq.* Alia quoque pleraque patriæ poteſtatis effecta procedente tempore multum imminuta ſunt, ut ſuis locis indicabimus.

TEXTUS.

Qui ſunt in poteſtate.

3. *Qui igitur ex te & uxore tua naſcitur, in tua poteſtate eſt. Item qui ex filio tuo & uxore ejus naſcitur, id eſt, nepos tuus & neptis, aquè in tua ſunt poteſtate; & pronepos & proneptis, & deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua naſcuntur, in poteſtate tua non ſunt; ſed in patris eorum.*

COMMENTARIUS.

Q*Vi ex filio tuo*] *l.4. de his qui ſui vel al. jur.* Ratio perſpicua eſt, quia in familia avi paterni naſcitur: omnes autem, qui ſunt ejuſdem familiæ, ſubjecti ſunt familiæ principi, quia hic eſt filii pater: qui eſt in poteſtate alterius, alium in ſua poteſtate habere non poteſt, *l. ſic eveni. t. ad l. Iul. de adult.*

Qui autem ex filia tua] Nati ex filia mea, non in mea, ſed in patris ſui poteſtate & familia ſunt, *l. cum legitimæ, de ſtat. hom. l. familiæ 196. §. t. de verb. ſign.* Unde quia mulier familiam ſuam non propagat, familiæ ſuæ finis dicitur, *l. pronuntiatio 195. §. ult. d. tit.* At, inquis, cùm nuptiis filiæfamil. non ſolvatur jus patriæ poteſtatis, *§. 2. inf. de ſenat. Tertyll. l. 2. §. 1. l. quotiens 29. ſolut. matr. l. 1. §. ult. de injur. cum ſimilib.* cur non etiam is, qui ex filia mea naſcitur, æquè eſt in poteſtate mea, ſed in poteſtate patris ſui? Reſpondeo, id fieri & civili ratione, *d. l. cum legitimæ*, & naturali, ſive potiùs juris gentium, argumento eorum, quæ ante diximus de jure ejus, qui caput eſt familiæ. Adeòque pater elocando filiam, hactenùs juri ſuo cedere intelligitur, ſicut & pleriſque aliis in rebus, de quibus alibi dicendi dabitur locus. Jure antiquo uxor, quæ in manū viri convenerat uſu aut coemptione, in familiam & poteſtatem viri tranſibat: eratque ei filiæ loco, & jura ſuorum hæredum in familia nanciſcebatur; matremque familias appellabant, cùm aliæ uxores tantùm eſſent, & matronæ dicerentur. Hoc igitur modo atque ritu ſi filiafamilia nupta in manum viri conveniſſet, in totum ſolvebatur jure & poteſtate patris. Si quis eſt antiquitatis ſtudioſior, is Hotoman. adeat, qui quicquid ad accuratam hujus rei cognitionem pertinet, ex *Cic. in Top. & Boet. ibid. Dionyſ. Halicarn. lib. ant. 2. Gell. lib. 18. c. Ulp. in fragm.* diligentes collegit.

TITULUS DECIMUS.

DE NUPTIIS.

D. Lib. 23. Tit. 2. C. Lib. 5. Tit. 4. Novell. 74.

Ratio ordinis & Argumentum Tituli.

ETſi ſuperiore Titulo de Nuptiis dici cœptum eſt, ut primo & præcipuo modo conſtituendæ patriæ poteſtatis: tamen cùm ex iis, quæ ibi dicta ſunt, nondum intelligamus, quæ ſint juſtæ nuptiæ, ex quibus nati demum ſunt in poteſtate patris; ideò ejus rei tractatio hoc loco ſubjicitur, doceturque ad juſtas nuptias quæ res exigantur, quæ perſonæ quibus matrimonio jungi non poſſint, qua pœna afficiantur, qui adversùs præcepta legum coeunt. Ad extremum & alius conſtituendæ patriæ poteſtatis modus explicatur, quem *Legitimationem* nunc vulgò appellamus.

TEXTUS.

Qui poſſunt nuptias contrahere.

Juſtas autem nuptias inter ſe cives Romani contrahunt, qui ſecundum præcepta legum coeunt, maſculi quidem puberes, fœminæ autem viri potentes; ſive patres familiarum ſint, ſive filii familiarum; dum tamen, ſi filii familiarum ſint, conſenſum habeant parentum, quorum in poteſtate ſunt: nam hoc fieri debere, & civi-

Digitized by Google

civilis & naturalis ratio ſuadet, in tantùm, ut juſſus parentis præcedere debeat. Unde quæſitum eſt, an furioſi filia nubere, aut furioſi filius uxorem ducere poſſit. Quumque ſuper filio variabatur, noſtra proceſſit deciſio, qua permiſſum eſt ad exemplum filiæ furioſi, filium quoque furioſi poſſe & ſine patris interventu matrimonium ſibi copulare, ſecundùm datum ex noſtra conſtitutione modum.

NOTÆ.

Cives Romani] Igitur cum ſervis deportatis, peregrinis connubium non eſt. Ulpian. *tit.5.l.3. C.de inceſt.nupt.* Cicero *in topic.*

Maſculi puberes] Poſt annum decimumquartum, *inf.quibu.mod.tut.finit.* quo tempore, ſcribit Macrob. in *ſomn.Scip.lib.1.c.6.* ipſam ætatem neceſſitate pubeſcere, & vim generationis in maſculis moveri incipere, & Ariſtot.*5.pol.17.* exurgere τ̃ συνουσίας ὀρέξιν.

Fœminæ viri potentes] *Maturæ viro* ὡραῖαι, Theophilus ἀνδρὸς ἀνεκτικαί. Fœminæ poſt annos duodecim virum pati poſſe creduntur, *l.4. D. hoc tit.l. 10. D.de cond. & dem. l.per quand. dies leg.* quippe qua ætate fœminarum incipit purgatio, teſte Macrob. *d. loco*. Cur in fœminis citiùs vis generationis incipiat, quàm in maribus, vid. Ariſt. *de gen. anim. cap.6.* Macrob. *7. Saturn. 7.*

Conſenſum parentum] Nuptiæ conſiſtere non poſſunt de hoc jure, niſi conſentiant omnes, id eſt, qui coeunt, quorumque in poteſtate ſunt, *l.2. D. hoc tit. l.12. C. eod.* conſenſum tamen non impedit obſequium reverentiæ paternę debitum, *l.22.D.eod.*

Quorum in poteſtate] Igitur matris conſenſus non requiritur, nec patris in nuptiis filii emancipati, *l. 25. D. eod.* filiæ autem emancipatæ minoris 25. annis arbitrium non eſt planè liberum, *l.10.l.20.C.eod.*

Et civilis] Scil. patria poteſtas, in filiofamilias accedit & hæc, ne cui invito ſuus hæres agnoſcatur, *§.7.inf.tit.ſeq.*

Et naturalis] Reverentia & obſequium naturæ lege parentibus omnibus debitum, *l.2.D.de juſt. & jur.* quo tamen contempto nuptiæ non eſſet irritæ, niſi lex civilis adderet δύναμιν ἀναγκαστικήν. *l. 11. D. de ſtat. hom. l. 12.C.hoc tit* quam tamen non attendunt Authores Juris Canonici.

Præcedere] Juſſus, id eſt, voluntas ſive conſenſus parentis præcedere debet, *l.25.§.4 de acq.hæred.* ideòque non ſufficit hic ratihabitio. Per *l. 13. §. 6. ad leg. Iul. de adult. l. 11.D.de ſtat. hom.l.6. C. hoc tit.* Sufficit autem vel tacitus conſenſus præcedens, aut concomitans, *l.5.C.eod.l.7. §.1.D.de ſponſal.* non enim velle debet pater, ſed non nolle, id eſt, συναινεῖν. ſed vid. *infr. in comment.n 4. & ſeqq.*

Super filio] Cur magis ſuper filio; quia filia nubit extra familiam patris, & marito ſuo liberos parit. Filius autem uxorem ducit in domum patris, eique liberos gignit, aliquando ſuos hæredes futuros avo paterno.

Ex noſtra conſtitutione] Modus hic eſt, ut ex ſententia curatoris ipſius furioſi, & nobiliorum totius familiæ, intemque magiſtratus aut Epiſcopi ipſius Civitatis, de nuptiis ſtatuatur, *l.28.C.de Epiſc. aud.l.25.C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid in hoc argumento vocabulum juſtus ſignificet.*
2 *De ætate coeuntium.*
3 *De eorum conſenſu.*
4 *De conſenſu parentum adhibendo.*
5 *Et quid de Iure Canonico.*
6 *Ratihabitionem patris an efficiat, ut retrò nuptiæ abſque conſenſu ejus contractæ legitimæ fiant.*

I*Uſtus*] Juſti variæ ſunt pro adjuncto ſignificationes. Hoc loco juſtus idem ſignificat, quòd τὸ νόμιμον, legitimum: & juſtæ dicuntur nuptiæ, quæ ſecundùm jura civitatis Romanæ inter puberes cives contrahuntur: eodem ſenſu, quo juſtum matrimonium in *l. un. unde vir. & uxor. l. 13. de his quib. ut indign.* Sic juſti liberi dicuntur legitimi, ad differentiam naturalium dumtaxat & vulgò quæſitorum, *l.5. §.pen.l. 11. l. 12. de ſtat.hom.* juſtus pater ad differentiam naturalis, *l. lege Iulia 44. §. 3. hoc tit.* juſta uxor. *l.ſi ſenatori 31. eod.* quæ legitima *in l. 4. eod.* In genere autem juſtæ nuptiæ habendæ, quæ ſecundùm cujuſque populi inſtituta contrahuntur.

Cives Romani] Igitur cum ſervis, Latinis, peregrinis, deportatis connubium non eſt, *Vlpian. fragm. tit. 5. l.3.C.de inc. nupt. Cic.in Top.* Atque hinc reſponſum eſt, ſi quis rogatus hæreditatem reſtituere, ſine liberis deceſſiſſet, iſque deportatus in inſula liberos ſuſtuliſſet, conditionem non defeciſſe, *l.ex facto 17.§.ex facto 5. ad ſen. Treb.*

Maſculi quidem puberes] Romani ea demum ætate civibus ſuis matrimonia permiſerunt, quæ natura apta eſſe creditur ad generandum; matribus poſt annum decimumquartum, quo tempore ipſa ætatem neceſſitate pubeſcere, & vim generationis moveri incipere, ſcribit Macrob. *in ſomn. Scipion.c.& Ariſt.7.pol. 17.* exurgere τῆς συνουσίας ὄρεξιν. fœminis autem biennio maturiùs, quia poſt annum duodecimum virum pati poſſe creduntur, *l.4.hoc tit.l.10.de cond. & demonſtr.* cujus diverſitatis ſi quis rationem quærat, adeat *Ariſt. 4. de gen. anim. c. 6. Macrob.7.Saturn. 7.* Ab hac autem determinatione legitimæ & matrimonio contrahendo idoneæ ætatis longè recedit Plato, *qui 4. & 6. de legib.* triceſimum annum maſculis præſcribit; longiùs etiam *Ariſtot. 7. polit.*

Digitized by Google

polit. 16. qui eos demum conjungi vult circa annum 36. fœminas autem anno 18. Juris Pontificii auctores pubertatem metiuntur ex potentia coeundi, non ex numero annorum, *c.* 3. §. *fin. de ſponſ. impub.* qui tamen hodie ex generali conſuetudine ſequuntur definitionem juris civilis, quæ etſi non in omnes, in pleroſque tamen quadrat, & medicorum etiam ac phyſicorum auctoritate fulcitur. Rarò tamen hac ætate apud nos, præſertim maſculi, matrimonio junguntur. In ſponſalibus ætas definita non eſt: quapropter & à primordio ætatis ſponſalia effici poſſunt, modò utraque perſona ſit infante major, *l. in ſponſal.* 14. *de ſponſal.* à quibus tamen facti puberes liberè recedere poſſunt, *c.* 7. & 8. *de ſponſ. impub.*

Conſenſum habeat parentum, quorum in poteſtate) Jure civili nuptiis requiritur conſenſus, tum eorum, qui coeunt, tum parentum, ſi quos habent, quorum ſunt in poteſtate, *l.* 2. *hoc tit.* quod etiam in ſponſalibus obſervatur, *l.* 7. *l.* 11. *cum ſeqq. de ſponſalib.* Primùm nuptiæ ſine conſenſu coeuntium non conſiſtunt, ſicut nec alius ullus contractus ſine conſenſu intelligi poteſt, *l.* 1. §. 3. *de pact.* Quid ergo ſi error intervenerit? Diſtinguendum eſt: nam ſi talis ſit error, qui conſen-
3 ſum impedit, puta ſi quis erret in perſona, putans Titiam eſſe, cum qua contrahit, cùm ſit Sempronia, hic error matrimonium vitiat, *arg. l. ſi per errorem* 15. *de juriſd. l.* 9. *de contr. empt.* Nam quod Jacobus Liam pro Rachele ſuppoſitam retinuit, In eo non eſt uſus ſummo jure; *c. quod autem c.* 29. *qu.* 1. *Lombard.* 4. *diſt.* 30. Idem dicendum eſt, ſi erretur circa qualitatem eſſentialem, veluti circa potentiam generandi, aut neceſſitudinem, puta ſi ignorabatur eſſe amita aut ſoror, cum qua contractum eſt. At ſi circa accidentalia tantùm erratum ſit, verbi cauſa, ſi pauper eſt, quæ dives dicebatur, ſi capitoſa, quæ morigera, ſi plebeja, quæ nobilis credebatur, &c. quoniam hæc vel adeſſe, vel abeſſe poſſunt ſalvo matrimonio, & hic in re ipſa juſtus conſenſus eſt, ratum erit matrimonium, *d. c. quod autem, in fin.* Covarruv. *de matrim. p.* 2. *cap.* 3. §. 6. *n.* Illud autem, quod Innocentius tertius reſpondit, *c. ſua nos x. de ſponſal.* ſi quis ut honeſtam mulierem ad turpia pelliceret, falſum nomen ementitus eam his verbis deſponſet, *Ioannes te ſponſat*; & mulier hoc dolo imprudens illecta cùm in illum tamquam ſponſum conſenſiſſet, ei copiam ſui fecit, ſi ille teſtetur nunquam ſibi animum fuiſſe illam ducendi, iſta verò petat fidem ſibi datam præſtari, non debere ex eo facto conjugium judicari, &c. non procedit in foro externo, in quo reſpondetur pro matrimonio, quia Eccleſia non judicat de occultis. *Covar. de matr. p.* 2. *c.* 2. *n.* 5. Sanchez *tract. de matrim. lib.* 1. *diſp.* 9. & *ſeqq.*

Conſenſus in hoc contractu etiam planè liber eſſe debet, *l. non cogitur* 21. *hoc tit. l. Titia* 134. *de verb. oblig. l. nec filium* 12. *l. neque* 14. *C. hoc tit.* Ideòque matrimonium per vim aut juſtum metum initum, ipſo quoque jure nullum eſt, *d. l.* 14. *cap. ſignificavi x de eo qui dux. in matr. cap.* 14. & *ſeq. x de ſponſal. Covar. de part.* 2. *cap.* 3. *num.* 5. *Alb. Gentil.* 3. *de nupt. Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 335. Planè metus reverentialis ſive obſequium reverentiæ paternæ debitum, à quo abſunt verbera, vincula, minæ, matrimonium non impedit, uti nec conſenſum, *l. ſi patre* 22. *hoc tit. l.* 7. *l.* 12. *de ſponſal. Covar. d. cap.* 3. §. 6. *num.* 3. *Albert. Gentil. d. lib.* 3. *cap.* 11. quod tamen alii 4
examinant. Qui in poteſtate parentis eſt, etiam illius conſenſum adhibere debet, *hoc textu*, & *lege* 2. *eodem.* Sed & nepos quamvis in avi tantùm poteſtate ſit, patris tamen conſenſum adhibere debet, *l.* 16. §. 1. *eod.* eadem ſcilicet ratione, qua conſenſus filii requiritur, ſi pater quaſi ex eo nepotem adoptare velit; nempè ne invito filio ſuus hæres agnoſcatur, §. *ſed ſi quis, tit. ſeq.* quæ ratio cùm in nepte nubente ceſſet, ceſſat etiam deciſio, *d. l.* 16. §. 1. Caſus, qui proponitur in *l.* 3. *eod.* ſpecialis eſt. Quid ergo, ſi, oblata liberis honeſta conditione, pater diſſentiat, aut ſine cauſa prohibeat filium uxorem ducere, filiamve nubere, aut dotem dare nolit? Hic magiſtratus aditus partes ſuas interponet, patremque cauſa cognita coget in matrimonium conſentire, & dotem dare, *l. capite* 19. *hoc tit.* Ait diſertè, *quorum in poteſtate*. Unde intelligimus nec matris conſenſum in liberorum nuptiis neceſſarium eſſe, nec patris in emancipatorum. Et de filio quidem emancipato hoc expreſsè ſcriptum eſt in *l. filius* 25. *hoc tit.* In filia verò emancipata id ſecus videri poteſt per *l. viduæ* 18. *l. in conjunctione* 20. *C. eodem.* An dicemus excipi filiam emâcipatam minorem 25. annis ob ſexus & ætatis verecundiam? An, ut plerique, honeſtatis tantùm cauſa præcipi, ut ea patris conſenſum expectet, ſed id non eſſe neceſſarium? Sanè & matris, & propinquorum, & curatorum judicium adhibere patre orbata iiſdem conſtitutionibus jubetur, quorum tamen auctoritas in copulandis nuptiis neceſſaria non eſt, *l.* 8. *C. eod.* Sic ſentio. Jus antiquitùs fuit, ut pater filiam, quam in poteſtate habebat, pro arbitrio & cùm liberet, deſpondere poſſet, cujus rei exempla nonnulla apud Comicos & Hiſtoricos habemus: neque filiæ à patre diſſentiendi licentia dabatur, niſi indignis moribus aut turpem ſponſum ei pater elegiſſet, *l.* 12. §. 1. *de ſponſal.* Emancipatam autem filiam patrem ſuo arbitrio nec deſpondere, nec elocare potuiſſe, adeòque nuptias, quas illa propria auctoritate contraxiſſet, non fuiſſe injuſtas, arguunt textus omnes, qui ejus tantùm conſenſum requirunt, cujus in poteſtate ſit, quæ nubit, aut qui uxorem ducit. Hoc autem jus in filia emancipata minore 25. annis ita poſteà mutatum & imminutum eſt, ut tam illa patris, quàm pater illius voluntatem explorare debeat, *d. l.* 20. *C. hoc tit.* ita tamen ut ſi filia patris ſententiæ repugnet, filiæ potiùs, quàm patris voluntatem judex ſequi teneatur, *d. l.* 18. *C. eod.* Ex quo loco utique hoc colligitur, arbitrium emancipatæ non fuiſſe planè liberum.

Et civilis & naturalis ratio) Suadet id ratio natu-

Digitized by Google

naturalis: nam proculdubio contra officium filius facit, & graviter peccat, qui ſine conſenſu parentis nuptias contrahit. Civilis autem ratio, ne patri invito ſuus hæres adgnaſcatur. Synodus tamen Tridentina anathemate damnavit eos, qui
5 cenſent nuptias à filiisfamil. ſine conſenſu parentum contractas, irritas eſſe, aut parentes eas ratas irritaſve facere poſſe, dummodò coram proprio Parrocho & duobus aut tribus ſaltem teſtibus celebratæ fuerint, ut latiùs declaratur ibidem. Quidquid antiquiores Canones hac de re ſtatuerint, *c. aliter, c. noſtrates, ca. 30. q. 5. c. non omnis, c. honorantur, c. mulier, c. fin. ca. 32. q. 3.* Cujac. *ad rubr. de ſponſal.* Duar. *c. 2. de nupt. ad tit. ſolut. matrimon.* Coraſ. *1. miſc. 17.* quamquam aliud viſum *Covar. de matrim. p. 2. c. 3. §. 8. Tulden. comm. hoc tit. c. 5. Perez ad tit. c. de nupt. num. 16.* qui cum *Gloſſ. in cap. ſufficiat 27. q. 2.* & aliis, contendunt, non niſi honeſtatis gratia jure pontificio conſenſum paternum deſiderari, liberoſque conſcientiæ vinculo dumtaxat obſtrictos ad parentum conſenſum adhibendum: quod hodie certum eſt ex Trident. *ſeſſ. 24. c. 1. de ref. matr.*

6 *Ut juſſus parentis præcedere debeat*] Juſſus, id eſt, conſenſus aut voluntas parentis in nuptiis filiorum fam. adeò neceſſarius eſt, ut etiam præcedere debeat de hoc jure, neque ratihabitione patris retrò legitimę fiant; nimirum cùm ratihabitio in iis tantùm locum habeat, quæ non ſtatim ipſo jure nulla ſunt, ſed aliquo modo conſiſtunt aut pendent, *Dec. ad l. ſemper 60. de reg. jur. n. 16.* non poteſt ea nuptias filii ſine conſenſu patris contractas legitimas retrò efficere: ſed ex eo demum tempore juſtæ intelliguntur, ex quo eas ratas habuit pater, per *l. 11. de ſtat. hom. l. eos qui 65. §. 1. hoc tit. l. 13. §. ſi quis 6. ad leg. Jul. de adult. l. 6. C. hoc tit.* Nec obſtat, quòd liberi ex concubina ſuſcepti, matrimonio cum ea poſtea contracto, legitimi fiant, *§. ult. inf. eod.* Nam veteribus omnis legitimatio incognita fuit, & quod de natis ex concubinatu, conſortio jure civili permiſſo, poſtea conſtitutum eſt, non debet extendi ad eos, qui nati ſunt ex conjunctione vetita & pro ſtupro habita. Quid ergo eſt, quod Juſtin. in *l. ult. C. ad SC. Mac.* præcepit, ut omnis ratihabitio retrò operetur? Nempe Imp illic non tam cauſas, in quibus locum habeat ratihabitio, quàm naturam atque effectum ejus deſignat. Hodie tamen dicendum videtur, patris conſenſum poſtea accedentem etiam retrò operari, cùm nunc concubinatus nullam pro alia illa conjunctione prærogativam habeat, & æquè improbatus ſit. Et hoc uſu apud nos ſervari aſſerunt, qui rem forenſem tractant. Enimverò non præciſè requirimus, ut pater expreſsè conſentiat, ſed ut ne contradicat, aut diſſentiat, gnarus eorum, quæ aguntur, *l. 7. §. 1. de ſponſal. l. 5. C. hoc tit.* ſicut è contrario & liberi jure civili conſenſiſſe intelliguntur, qui non evidenter diſſentiunt, *lege 17. de ſponſal. lege ſi parte 21. hoc titulo.*

TEXTUS.

Quæ uxores duci poſſunt vel non. De cognatis, ac primùm de parentibus & liberis.

1. *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam à quarumdam nuptiis abſtinendum eſt; inter eas enim perſonas, quæ parentum liberorumve locum inter ſe obtinent, contrahi nuptiæ non poſſunt: veluti inter patrem & filiam, vel avum & neptem, vel matrem & filium, vel aviam & nepotem, & uſque in infinitum. Et ſi tales perſonæ inter ſe coierint, nefarias atque inceſtas nuptias contraxiſſe dicuntur. Et hæc adeò vera ſunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco ſibi eſſe cœperint, non poſſint inter ſe matrimonio jungi; in tantum, ut, etiam diſſoluta adoptione, idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia vel neptis eſſe cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.*

NOTÆ.

1. *Parentum liberorumve locum*] Planius dixiſſet, *inter parentes & liberos*; nam patrui quoque & avunculi parentum locum obtinent. Theoph. *ἐπὶ τῶν ἀνιόντων ἢ κατιόντων, inter aſcendentes & deſcendentes.*

Inter patrem & filiam] Intellige parentes & liberos etiam naturales tantùm. Nam in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inſpiciendus eſt: contra pudorem autem eſt filiam uxorem ducere, *l. 14. §. 2. D. hoc tit.*

In infinitum] Et ita cape *verſ. 6. & 8. c. 18. Levit.*

Nefarias atque inceſtas] In ſummo ſcilicet gradu. Nam in his tanta eſt turpitudo & fœditas, ut natura omnis à tali conjunctione abhorreat. Et hoc eſt inceſtum, quod jure gentium committi ſcribit Paul. *l. ult. D. hoc tit.* nec eo minùs jus, quia à Perſis contemptum, ut rectè Xenophon. 4. *memorab.* adde Philon. in *decal. lib. 1.* Cæterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, inceſtæ dicuntur, *l. 39. §. 1. l. 56. D. hoc tit. l. 5. de quæſt. l. ult. c. de inceſt. nupt.* De nomine hoc vide Non. Iſidor. Feſt.

Diſſoluta adoptione] Ex *l. 55. D. hoc tit.* propter memoriam priſtinæ neceſſitudinis. Patris enim perſona tam ſancta & reverenda filiæ eſſe debet, ut ad impediendas nuptias ſufficiat, vel aliquando patrem fuiſſe.

Con-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

1 *Genera cognationis expoſita, ubi & de ſpirituali.*
2 *Parentum cum liberis conjugia inceſtuoſa eſſe in ſummo gradu.*
3 *Ne diſſoluta quidem adoptione filiam adoptivam ducere licere, & quare.*

EX iis, quæ hactenus dicta ſunt, intelligimus quatuor hæc concurrere debere, ut juſtæ habeantur nuptiæ; ut qui contrahunt, ſint cives Romani, quales apud nos omnes habentur; ut ſint puberes; ut conſentiant; ut ſi ſint filiifamil. conſenſum adhibeant parentum, quorum in poteſtate ſunt, juxta ea quæ dicta ſunt ſuprà ex decreto Concilii Trident. in locis ubi receptum eſt: quibus & quintum addi poteſt ex jure Pontificio & pia conſuetudine, ſolennis illa poſt trinam promulgationem in Eccleſia nuptiarum benedictio. Hæc, inquam, ſi intervenerint, nuptiæ juſtæ eſſe cenſentur, ſi modò inter eas perſonas contractæ ſint, inter quas nuptiæ conſiſtere poſſunt. Nam etiam quędam perſonæ jure prohibentur inter ſe nuptias contrahere. Ut autem prohibeantur ferè ſit ob turpitudinem conjunctionis: quæ turpitudo vel eſt à cognatione contrahentium, vel ab
1 affinitate. Cognatio triplex eſt; merè naturalis; merè civilis; & mixta. Naturalis tantùm eſt, quæ illegitimo coitu contrahitur: civili dumtaxat, quæ per adoptionem conſtituitur: mixta eſt inter eos, qui ex juſto matrimonio procreati ſunt, utroque videlicet jure concurrente, *l. 4. §. 2. de grad. & affin.* Speciem cognationis, quam auctores juris Pontificii ſpiritualem vocant, & eſſe volunt inter ſuſceptorem & ſuſceptam ex ſacro Baptiſmate, *toto tit. de cognat. ſpirit. Covar. de matr. p. 2. c. 6. §. 4.* quam etiam probat Juſtinianus in *l. ſi quis 26. circa fin. C. hoc tit.* Pontifices Romani in ſua, & Græci in Orientali Eccleſia extenderunt uſque ad ſeptimum gradum, quaſi minor eſſet cognatio ſpiritualis neceſſitudine carnali, juxta dictum Synodi in Trullo. Extat de ea re *lib. 4. decretal. tit. 11. & lib. 3. jur. orient.* item *cauſ.* 30. per aliquot quæſtiones. In Concilio autem Tridentino, cùm variè de hac prohibitione eſſet diſceptatum, & multi eam penitùs tollendam cenſerint, placuit impedimentum ſpiritualis neceſſitudinis reſtringi ad eam cognationem, quæ eſt inter ſuſceptorem & ſuſceptam, ejuſque patrem & matrem, *decret. de reform. cap. 2. ſeſſ.* 24.

Parentum liberorumve locum] *l. nemini, C. hoc tit.* Commodiùs dixiſſet, *inter parentes & liberos*: nam & patrui & avunculi etiam parentum locum obtinent, *l. ſorores 29. hoc tit.* Theophil. *ἐπὶ τῶν ἀνιόντων καὶ κατιόντων.*

Nefarias atque inceſtas] In ſummo ſcilicet gradu. Nam in his tanta eſt turpitudo & fœditas, ut
2 natura omnes à tali conjunctione abhorreant, & ſua ipſorum conſcientia redarguantur neceſſe ſit, qui hæc naturæ jura violant: adeòque execrabiles habeantur, qui vel per ignorantiam hæc committunt. Hinc illæ Oedipodarum calamitates quibus plenæ tragœdiæ, & illæ fictæ apud inferos pœnæ, Homer. 11. *Odyſſ.*

Μητέρα δ' Οἰδιπόδαο ἴδον καλὴν Ἐπικάστην.

Hinc Nero magis ob inceſtum, quàm ob reliqua facinora deteſtabilis. De Parthis ſic Lucanus.

——*Cui fas implere parentem,*
Quid rear eſſe nefas?

Adde Philonem *Iud. in decal. lib.* 1. Cæterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, inceſtæ, hoc eſt, incaſtæ & pullutæ (ſi Iſidoro *lib. 5. cap. 26.* credimus) dicuntur, *d. l. ſororis §. 1. l. etiamſi 56. eod. tit. C. de inceſt. nupt.* An autem & illæ naturæ legi & honeſtati ſimiliter repugnent, poſtea diſputabimus. Earum certè, de quibus nunc agimus, naturalis prohibitio eſt. Quippe inſita eſt in ipſis affectibus fuga quædam commixtionis cum parentibus & ex ſe natis: à qua etiam quædam animantia muta naturaliter abhorrere, à nonnullis proditum eſt. Seneca *Hippol.*

Feræ quoque ipſæ Veneris evitant nefas,
Generiſque leges inſcius ſervat pudor.

Aſſertur & alia prohibitionis, eaque non parvi ponderis ratio, confuſio communis cognationum normæ: quæ & ipſa naturæ legi atque ordini vehementer repugnat, & neceſſariò conſequitur iſtam ſanguinis inter parentes & liberos commixtionem. Horreſco ad illud Oedipi apud Senecam *Thebaid act.* 1.

Avi gener, patriſque rivalis ſui,
Frater ſuorum liberum, & fratrum parens.
Uno avia partu liberos peperit viro
Ac ſibi nepotes. Monſtra quis tanta explicet?

Item ad illa Thyeſtis in *Agamen. act.* 1.

Verſa natura eſt retrò,
Avo parentem, (proh nefas) patri virum,
Natis nepotes miſcui, nocti diem.

Quamvis per adoptionem] Reſpectu quoque
cognationis merè civilis inter parentes & libe- 3
ros nuptiæ prohibentur, nefaſque eſſe exiſtimatur eam uxorem ducere, quæ per adoptionem filia neptiſve eſſe cœperit: in tantùm, ut etſi per emancipationem adoptio diſſoluta ſit, idem juris maneant, *l. quin etiam 55. hoc tit.* Neque id mirum videri debet, quamvis omnia adoptionis jura per emancipationem ſolvantur, *l. in omni 13. de adopt.* Nam in nuptiis ſemper etiam pudoris & reverentiæ ratio habetur, *l. adoptivus 14. §. 2. hoc tit.* Patris autem perſona tam ſancta & reverenda filiæ eſſe debet, ut ad impediendas nuptias ſufficiat aliquando patrem fuiſſe. Eadem ferè ratione nec matrem patris adoptivi uxorem ducere poſſum, nempe non propter civilem aliquam neceſſitudinem, quæ nulla inter nos eſt, *l. qui in adoptionem 23. de adoption.* ſed propter reverentiam, quam matri patris adoptivi propter patrem debeo, quamdiu in familia ejus ſum; & teterrimum eſſet, me patris mei, licèt adoptivi, fieri vitricum.

tricum. Planè ſi per emancipationem ſoluta fuerit adoptio, nihil impedimento eſt, quominùs eam uxorem ducere liceat: quoniam illa nunquam mihi aviæ loco fuit, ſed extranea ſemper, *d.l.23.de adopt.junct.d.l.55.hoc tit.* At enim, inquies, nec patris adoptivi uxor matris loco eſt, *d.l.23.* eam tamen ducere non licet, nequidem poſt emancipationem, *d.l.14.pr.hoc tit.* Sed nimirum ſufficit eam aliquando novercæ loco fuiſſe, *d.l.14.*

Textus.

De fratribus & ſororibus.

2. *Inter eas quoque perſonas, quæ ex tranſverſo gradu cognationis junguntur, eſt quædam ſimilis obſervatio, ſed non tanta. Sanè enim inter fratrem ſororemque nuptiæ prohibitæ ſunt, ſive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, ſive ab altero eorum. Sed ſi qua per adoptionem ſoror tibi eſſe cœperit, quamdiu quidem conſtat adoptio, ſane inter te & eam nuptiæ conſiſtere non poſſunt; quum verò per emancipationem adoptio ſit diſſoluta, poteris eam uxorem ducere: ſed & ſi tu emancipatus fueris, nihil eſt impedimento nuptiis. Et ideò conſtat, ſi quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam ſuam emancipare: & ſi quis velit nurum adoptare, debere eum antea filium ſuum emancipare.*

Notæ.

2 *Fratrem ſororemque*] *l.17.C.hoc titulo*, quas nuptias etiam à Deo interdictas non uno loco reperimus in veteri Lege, Lev. 18. 9. & 20.17. Deut. 27. 20. Plato 8. *de legib.* hæc conjugia appellat μηδαμῶς ὅσια ϗ θεομισῆ. Lucian. *in Philop.* ἀσυγχώρητον μῖξιν. Cicer. 1. *de divin. nefarium ſtuprum.*

Sive ab altero eorum] Convenit d. c. 18. Lev. 9. 11. Athenis tamen conſanguineam ducere licebat, id eſt, ſororem ὁμοπάτριον, non autem ὁμομήτριον. Fabrot. ex *Philon.* Sed nec vulgò quæſitam ſororem ducere licet, *lege 54. D. hoc titulo.*

Quamdiu conſtat adoptio] Ex Cajo *l.17. D. hoc tit.* Paulus apud *Ruffin. adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes & liberos omnimodò, inter fratres catenus, quatenus capitis minutio non intervenit.*

Antea filium ſuum emancipare] Alioqui dirimetur matrimonium, ut rectè Theoph. & Græci *tom.1.juris Græco Rom. lib. 7.de adopt.* fac. *l.67. §.3. D. hoc tit.* ad quam rectè Theod. Balſam. ἄνευ γάμου λύσεως, εἶχεν ἂν τὸν γαμβρὸν ἀδελφόν.

Commentarius.

1 *Oſtenditur firmis rationibus, legem divinam de non ducendis ſororibus moralem eſſe & perpetui juris.*

Ex *tranſverſo gradu*] Linea in qua gradus cognationis ponuntur, vel directa eſt & perpendicularis, vel tranſverſa. Directa eſt vel aſcendens, in qua ſunt parentes, vel deſcendens, in qua ſunt liberi. Tranſverſa eos complectitur, qui ex latere veniunt: eſtque vel æqualis, eorum videlicet, qui pari gradu diſtant à communi parente, ut fratres & ſorores, conſobrini, patrueles: vel inæqualis, cùm alter altero à communi parente eſt remotior, ut patruus, avunculus, & fratris & ſororis filii, & filiæ. In linea directa, ut jam dictum eſt, prohibitio eſt infinita: in tranſverſa non item, quò nunc ſe confert Imperator.

Inter fratrem & ſororem] In linea tranſverſa æquali unus tantùm gradus jure civili prohibitionem habet, nimirum fratrum & ſororum nuptiæ, *l. nemini, C. hoc tit.* quas etiam à Deo interdictas non uno loco reperimus, *Levit.* 18.9. & 20. 17. *Deut.* 27. 20. Quid ergo? an hæc interdictio ſive lex de non ducendis ſororibus & ipſa moralis eſt, perpetuamque, & naturalem cauſam prohibitionis continet? Moralem eſſe & naturalem non dubito. Moveor, quòd Deus ita per Moſen pronuntiat: *Qui acceperit ſororem ſuam, nefariam rem operatus eſt, & in conſpectu populi occidetur, Levit.* 20. 17. & *Deuter.* 27. 20. *Maledictus*, inquit, *omnis, qui dormit cum ſorore ſua.* Adeòque ex abominationibus, propter quas Cananæos Dominus extirpavit, hæc una fuit, *Levit.* 18. *circa fin.* qui tamen non aliam legem quàm naturæ habuerunt. Plato quoque *lib.* 8. *de legib.* fratrum & ſororum conjugia ait eſſe μηδαμῶς ὅσια ϗ θεομισῆ ϗ αἰσχρῶν αἴσχιστα. Hinc eſſe, quod in tragœdiis Macarei, cognito ſe cum ſororibus rem habuiſſe, continuò mortem ſibi conciſcant, ſceleris pœnas à ſe ipſis repetentes: & Cicero *lib. 1. de divin.* commixtionem fratris & ſororis *nefarium ſtuprum* appellat. Lucianus in *Philop*: ἀσυγχώρητον μῖξιν. Quis verò hoc nos docuit? ſola natura, quippe quæ omnes docet, ſorori ſuæ miſceri nefas eſſe, dum appetitum conjunctionis inter fratrem & ſororem cadere non ſinit. Quis eſt enim, qui ſororis ſuæ, quantùmvis formoſæ, nuptias aut ſtuprum appetat? Non Platonem modò, ſed experientiam provoco. *Tam à me*, inquit ille apud Plaut. *Curcul. pudica eſt, quàm ſi ſoror mea ſit.* Neque aliam ob cauſam Abrahamus credidit ſe pro marito Saræ habitum non iri, quàm ſi eam ſororem ſuam eſſe diceret, *Geneſ.* 12. 12. & 20. 12. Denique non tantùm Romani, ſed etiam alii populi, & omnis penè Græcia, auctore *Alex. ab Alex. 1. genial. dier.* 24. nefandum putaverunt iiſdem parentibus genitos invicem inceſtis nuptiis detineri. Neque verò ideò minùs hoc nefas

eſt,

eſt, quia Ægyptii & nonnulli alii populi id dicere voluerunt, ſuorum nimirum Numinum exemplo, cùm Saturnus Opin, Jupiter Junonem, Oſiris Iſin duxerit: & quid ni hoc faceret, apud quos non ſolùm philadelphi, verùm etiam philometores fuerunt? Objici ſolet dictum Thamarę ad Amnonem fratrem conſanguineum *Allequere Regem; non enim denegabit me tibi. 2. Samuel.* 13. Reſp. Sive hoc Thamara ſciens commenta eſt, ut ſe præſenti periculo eriperet, ſive revera credidit, hoc quoque patri Regi licere, inde colligi non debet, aut Davidem id conceſſurum fuiſſe, aut rectè facturum, ſi conceſſiſſet. Illud alicujus momenti eſt, quod hic nobis obiici poteſt, & verum eſſe conſtat ex ſacra hiſtoria, oportuiſſe nimirum à primis illis hominibus ſorores duci, cùm aliæ mulieres non extarent. Reſpondent Theologi, id fuiſſe neceſſitatis & tacitæ divinæ diſpẽſationis. Nam cùm juberet Dominus propagari genus humanum, nec plures ſimul fœminas condidiſſet, ſatis intelligitur, hanc fuiſſe ipſius voluntatem, ut fratri ex ſorore ſobolem tollere fas eſſet; quod poſtea ipſa natura docuit non licere. Hoc ergo factum, ut Auguſtinus ait *lib. 15. de civitate Dei, cap. 16. quantò eſt antiquius, compellente neceſſitate* (intellige neceſſitatem ex illius temporis circumſtantia) *tantò poſtea factum eſt damnabilius, religione* (id eſt, naturali averſatione) *prohibente*. Affert ibidem Auguſtinus etiam nonnullas alias cauſas, ob quas fratres & ſorores conjungi non debeant, ut neceſſitudo inter plures diffundatur, ſerpatque & propagetur civium inter ſe charitas, quam ſic extendi etiam Cicero docet, *5. de finib.* item ut evitetur illa cognationis & affinitatis confuſio, quæ fratrum & ſororum nuptias neceſſariò ſequitur. Sed hæ rationes tanti ponderis non ſunt, ut quod contra fit, natura illicitum cenſeri debeat. Conſentit etiam in hac quæſtione *Covarr. de matrim. p. 2. cap. 6. §. 10. num. 15. D. Tulden. in hunc titulum c. 6.*

Sive ab altero eorum] In nuptiis utrùm frater ſit germanus, an conſanguineus vel uterinus dumtaxat, nihil intereſt, *Levit.* 18. 9. 11. In ſucceſſionibus autem inter utrinque conjunctos arctior neceſſitudo habetur, *auth. itaque C. comm. de ſucceſſ.* ut & olim in eadem cauſa conſanguineorum major ratio, quàm uterinorum habebatur: vulgo autem quęſitorum extra ſucceſſionem matris vix jus ullum.

Quamdiu conſtat adoptio] Per adoptionem quæſita fraternitas eò uſque impedit nuptias, donec manet adoptio, aut naturalis filius in poteſtate. At ſi pater vel me in poteſtate retento filiam, quam adoptaverat, emanciparit, vel me emancipato illam in poteſtate retinuerit, poſſumus matrimonio jungi, *l. per adoptionem 17. hoc tit.* quippe vinculo agnationis, quæ ſola haſce nuptias impedit, ſoluto. Nam reverentiæ & honeſtatis reſpectus, qui diſſoluta adoptione adhuc manet inter patrem quondam & filiam, hic nullus eſt.

Antea filiam ſuam emancipare] Alioqui dirimẽtur matrimonium, quod inter fratrem & ſororem licèt adoptivos non conſiſtit, ut ex Theophilo, Hotom. & Vveſemb. hic notaut, & indicat Triphon. in *l. non ſolùm 67. §. 3. hoc tit.* Nam ut dicamus matrimonium manere, & adoptionem potiùs nullam eſſe, quod D. Bachovius magis probat, neſcio an ex ratione juris civilis defendi poſſit, quod cùm nuptias inter ſororem & fratrem adoptivum prohibet, generum tamen adoptari permittit, ex conſequenti genero adoptato, nuptias perimi voluiſſe exiſtimandum eſt, non adoptionem nullam eſſe, vid. *tom. 1. juris Græco Rom. l. 8. c. de adopt.* γάμος λύεται, ἡνίκα τις τὸν ἴδιον γαμβρὸν υἱοθετήσεται. *Theod. Balſam ad d. l. 67. ff. hoc tit.*

TEXTUS.

De fratris & ſororis filia vel nepte.

3. *Fratris verò, vel ſororis filiam uxorem ducere non licet: ſed nec neptem fratris vel ſororis quis ducere poteſt, quamvis quarto gradu ſint: cujus enim filiam ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus verò mulieris, quam pater tuus adoptavit filiam, non videris prohiberi uxorem ducere: quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.*

NOTÆ.

3. *Fratris vel ſororis filiam*] Ex *l. 17. D. hoc tit. l. 17. C. eod. l. ult. C. d. inceſt. nupt.* Ulpian. apud *Ruffin.* & in *fragm. tit.* 5. ſcribit permiſſum eſſe ducere filiam fratris, non etiam ſororis. Hoc Claudius invexerat. Sueton. *in Claud.* Tacit. 12. *ann.* Sed poſtea ſublata eſt hæc differentia *d. l.* 17. Lege quoque divina non obſcuræ hæ nuptiæ vetantur hoc ipſo, quod prohibemur ducere amitam & materteram, *Levit. 18. verſ. 11. & 13.* eadem enim ratio eſt.

Cujus enim filiam] *Cujus*, ſcil. fratris vel ſororis, nam regula hæc univerſaliter intellecta falſa eſſet. Poſſum enim ducere neptem avi mei de hoc jure, filiam ejus non poſſum. Vera ratio eſt, quia invicem parentum & liberorum loco ſunt, ut graduum hic reſpectus nullus ſit, *l. 53. D. hoc titulo.*

Neque naturali] Non naturali, quia cognata tua non eſt: non civili, quia avunculus nemo fit per adoptionem, *l. 12. §. ult. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Nuptias cum fratris aut ſororis filia, & in univerſum inter perſonas transverſæ lineæ, quæ parentum & liberorum loco inter ſe ſunt, etiam divina lege prohibitas, atque hanc quoque legem moralem eſſe.*

JUre civili nuptiæ in linea tranſverſa inæquali prohibitæ ſunt inter eas perſonas, quæ parentum

tum liberorumve numero ſunt, *l. per adoptionem 27. §. 2. l. ſororis 39. hoc tit. l. nemini, C. eod. l. ult. C. de inc. nupt. §. item amitam, inf. eod.* & quidem in infinitum, *l. nuptiæ 53. hoc tit.* nam graduum numerus hìc non magis conſideratur, quàm in linea recta inter ipſos parentes & liberos. Sed an huic
1 prohibitioni per omnia cōſentanea ſit lex divina veteris Teſtamenti, quæritur. Ego equidem ſic ſentio, quamvis enim ſingula apud Moſen non ſint expreſſa: tamen quibuſdam poſitis, quæ paria ſunt, pro expreſſis habenda; cùm hoc flagitet ipſa ratio, ut de ſimilibus ſimiliter ſtatuatur, nec in hac prohibitione tam ad numerum graduum reſpiciatur, quàm ad venerationem perſonarum. Cùm igitur Dominus expreſsè vetat amitæ & materteræ nuptias, *Levit. 18. verſ. 12. & 13.* intelligitur etiam vetare nuptias amitæ magnæ & materteræ magnæ, & deinceps aſcendentium: item ἀναλόγως nuptias fratris & ſororis filiæ & deinceps ex his deſcendentium, cum patruo & avunculo, & qui ſupra hos ſunt. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam eſſe & partem legis moralis, ex iiſdem ferè argumentis evincitur, quibus fratris & ſororis nuptias naturæ atque honeſtati repugnare antea demonſtravimus, in ea tamen diſpenſari poteſt, ex Trident. *ſeſſ. 24. can. 3.* Unum addam. Apud Romanos cùm nulla adhuc lege nuptię cum fratris filia prohibitæ eſſent, moribus tamen inceſtæ habebantur, *l. ſororis 39. §. 1. l. etiamſi 56. hoc tit.* Adeò ut ipſe Claudius Imperator auſus non fuerit Agripinam fratris ſui Germanici filiam uxorem ducere, niſi extorto priùs ſenatuſconſulto, quo venia daretur talium conjugiorum: neque tamen reperti ſunt, quod mirum eſt in libidinoſiſſima civitate, qui ſequerentur exemplum, excepto uno atque altero peſſimo adulatore, *Sveton. in Claud. cap. 20. Tacit. 12. annal.* ac poſtea ſenatuſconſultum illud à Nerva ſublatum eſt, teſte Xiphilino. Sanè brevis hæc lex Nervæ fuit, ut & imperium ejus, & nuptiæ cum fratris filia ex edicto Claudii pro licitis iterum haberi cœperunt; nam auctore Capitolino Antoninus Pius filiam ſuam fratri uxorem dedit; quod antea nondum ſublato ſenatuſconſulto & Titum feciſſe Svetonius memorat. Cæterum quia Senatuſconſultum illud ſive edictum Claudii cum naturæ honeſtate pugnare videbatur, ſtrictiſſimè acceptum fuit de ſola fratris filia, non autem de filia ſororis, teſte Ulpiano *tit. 5.* aut quod magis puto, jam tempore mediæ juriſprudentiæ vim amiſerat: argumento id, quod Cajus ſcribit, *l. quin etiam 55. §. 1. hoc titulo.* fas non eſſe ducere neptem patris adoptivi ex filio: quanto igitur minùs neptem veri patris, & naturalis, ſeu veri fratris filiam ducere licuit? Utut eſt, tamdem expreſsè edictum illud abrogatum eſt, & quidem à Principibus ethnicis Diocletiano & Maximiano, *l. nemini, C. hoc tit.* adeò altè à natura leges iſtæ cordibus humanis inſcriptæ ſunt, congruit *l. ult. C. de inceſt. nupt.*

Quamvis quarto gradu] Hinc apparet, jure civili licitum fuiſſe ex quarto gradu lineę tranſverſæ uxorem accerſere, excepta ea quæ parentis aut filiæ loco eſſet.

Cujus filiam, &c. neque ejus neptem] Hæc regula ad hypotheſin revocanda eſt, cujus videlicet fratris aut ſororis, de quibus agitur. Vera autem ratio eſt, quoniam parentum liberorumque invicem numero ſunt: ut hic aliud ſpectandum ſit, quàm numerus graduum, *§. item amitam inf. l. nuptiæ 53. eod.*

Neque naturali, neque civili] Non naturali, quia cognata mea non eſt, cùm adoptio non tribuat jus ſanguinis: non civili, quia avunculus nemo fit per adoptionem, *l. 12 in fin. eod.* Quippe per adoptionem cum iis tantùm perſonis neceſſitudo contrahitur, quæ ſi ſanguine nos contingerent, nobis agnatæ eſſent, *l. per adoptionem 23. de adopt.*

TEXTUS. 4.

De conſobrinis.

4. Duorum autem fratrum, vel ſororum liberi, vel fratris & ſororis, conjungi poſſunt.

NOTÆ.

4. *Conjungi poſſunt*] *l. 4. D. hoc tit. l. 19. C. eod.* exemplum in *l. 73. §. 8. D. ad S. C. Trebell.* Auguſtinus *15. de civ. Dei c. 16.* de connubiis conſobrinorum agens, ait ea nec divinam legem prohibuiſſe, nec ad ſua uſque tempora humana. Prohibuerat hanc conjunctionem Theodoſius Major, teſte Aurelio Victor. ſed filii revocaverunt *d. l. 19.* Poſt Juſtinianum denuo improbata. Harmonop. *l. 4. tit. 6.* Attaliat *tit. 26. Eclog.* Leon. & Conſtant. *tit. 12.* Monach. *tit. de grad. ſept. conſang.* unde & Theoph. negationem addit, *ἐ δυνάνται συνάπτεσθαι.* Et Cajus junior *lib. 1. inſt. tit. 4.* Ex Gotthorum jure, Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Patruelium & conſobrinorum nuptias neque civili neque divino jure prohibitas, quamquam Canones longiùs progreſſi.*

2 *Diſcrimen dinumerationis graduum inter jus civile & canonicum explicatum.*

REdit ad lineam tranſverſam ęqualem, in qua
dicit, eos, qui quarto gradu ſunt, facta com- 1
putatione civili, conjungi poſſe; nimirum fratris & ſororis liberos: idemque traditur in *l. 3. hoc tit. l. celebrandis, C. eod.* ſcilicet quia hic ceſſat ratio, ob quam prohibeor neptem fratris ducere, quòd ego illi parentis, illa mihi filiæ loco ſit. Lege quoque divina, patruelium aut conſobrinorum nuptiæ interdictæ non ſunt: adeòque ſi exempla jus faciunt, tantùm non expreſsè conceduntur *Num. 36. 11.* Auguſtinus *lib. 15. d. civ. Dei.* de connubiis conſobrinorum agens, ait, ea nec divinam legem prohibuiſſe, neque ad ſua uſque tempora humanam. Prohibuerat

Digitized by Google

bucrat has nuptias Theodoſius Major, ut ſcribit Aurel. Victor: ſed legem patris filii Arcadius & Honorius ſuſtulerunt, revocata priſci juris, ut inquiunt, auctoritate, *d. l. celebrandis, C. hoc tit.* Pontifices autem Romani longiùs progreſſi ſunt, & conjungi vetuerunt non ſolùm conſobrinos, ſed etiam ſobrinos, & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cùm octo inter ſe diſtent, *c. non debet, de conſ. & affin. Concil. Lateran. c. 50.* cujus Concilii auctoritate Innocentius abrogavit priorum Pontificum decreta, qui uſque ad ſeptimum gradum nuptias inhibebant, hoc eſt, eorum, qui jure civili decimoquarto gradu invicem contingunt, *c. progeniem, & ſeq. nulli, & ſeq. 35. q. 2. & 3.*

Monet hic locus, ut diſcrimen dinumeratio-
2 nis graduum, quod eſt inter jus civile & canonicum, obitere xplicemus; quippe quod ad cauſas matrimoniales ſolùm pertinet: nam in ſucceſſionibus civilem computationem ſequuntur etiam in terris Ecclſiæ, teſte *Scheneid. hic & D. Tulden. ad tit. Inſt. de grad. cogn.* Jure civili generata perſona gradum adjicit, ut tot eo jure ſint gradus, quot ſunt generationes, *§. hactenus, inf. d. tit.* In linea recta aut adſcenditur, quæ idcircò adſcendentium appellatur, ordinemque parentum complectitur; aut deſcenditur, quæ dicitur deſcendentium, & ordinem comprehendit liberorum. In linea tranſverſa ſeu collaterali primùm adſcenditur, deinde deſcenditur. Exempli gratia; ego genitus ſum à patre meo: ecce unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum: ecce alterum: unde conſequitur fratres duobus gradibus inter ſe diſtare de jure civili. Pari ratione ſi quæras, quot gradibus à te diſtet patruus tuus, adſcende primùm ad avum veſtræ cognationis communem auctorem, deinde iterum deſcende ad ejus filium, qui eſt patruus tuus, comperies eum tribus gradibus à te diſtare: & ita deinceps. Latiùs hæc declarantur *infr. de grad. cognat.* Jus autem Pontificium aliter gradus dinumerat, *cap. ad ſedem, 35. quæſtione 5.* Cujus juris regulæ ſunt. 1. In linea adſcendentium & deſcendentium quot ſunt perſonæ una dempta, tot ſunt gradus: quæ computatio in hac linea à computatione juris civilis in hoc tantùm differt, quòd Canones perſonas numerant, jus civile generationes. 2. In linea tranſverſa æquali, quot gradibus alter diſtat à communi ſtipite, totidem utrique inter ſe diſtant. Exempli gratia, frater & ſoror diſtant inter ſe hoc jure uno tantùm gradu, quia uno gradu diſtant à communi parente: & conſobrinus iſta computatione mihi eſt ſecundus, quia ab avo, qui communis utriuſque noſtrum fons eſt & origo, ſecundus numeror. 3. In linea tranſverſa inæquali, quo gradu diſtat remotior à capite, eo gradu diſtant inter ſe. Igitur fratris mei filius ſecundo gradu à me abeſt, quia ille à patre meo avo ſuo duobus gradibus diſſidet: & nepos fratris mei tertio, quia à patre meo ipſe tertius eſt.

Conjungi poſſunt] Theoph. negativè reddidit. οὐ δύνανται συνάπτεσθαι. quia ſic in Oriente obtinebat. Nam poſt Juſtinianum ſub Impp. Græcis hæc matrimonia iterum improbata fuere. *Harmenop. lib. 4. tit. 6. attal. tit. 26. Matth. monach. tit. de grad. conſang.*

TEXTUS.

De amita, matertera, amita magna, matertera magna.

5. *Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet. Item nec materteram: quia parentum loco habentur. Qua ratione verum eſt, magnam quoque amitam, & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.*

NOTÆ.

5. *Licèt adoptivam*] Hoc conſulto hic additum, in matertera omiſſum: quoniam matertera non magis per adoptionem fieri poteſt, quam avunculus. *l. 12. §. ult. D. hoc tit.* Eadem verba repetenda quoque ſunt in amita magna, *l. 17 in fin. eod.*

COMMENTARIUS,

Hujus §. explicatio petatur ex iis, quæ *ad* §. 3. ſup. diximus.

Licet adoptivam] Hoc conſulto hic additum, in matertera omiſſum: nam matertera per adoptionem non magis fieri poteſt, quàm avunculus, *l. 12. §. ult. hoc tit.* Eadem verba quoque repetenda ſunt in amita magna, *l. per adoptionem 17. in fin. codem.*

TEXTUS.

De affinibus, & primùm de privigna vel nuru.

6. *Affinitatis quoque veneratione à quarumdam nuptiis abſtinere neceſſe eſt: ut ecce: privignam aut nurum ducere non licet, quia utraque filiæ loco ſunt. Quod ita ſcilicet accipi debet, ſi fuit nurus aut privigna tua. Nam ſi adhuc nurus tua eſt, id eſt, ſi adhuc nupta eſt filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris: quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc privigna tua eſt, id eſt, ſi mater ejus tibi nupta eſt, ideò eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.*

Digitized by Google

NOTÆ.

6. *Affinitatis*] Affines ſunt viri & mulieris cognati, *l.* 4. §. 3. *D. de grad. & affin.* οἱ κατ' ἐπιγαμίαν συγγενεῖς, Gloſſ. lat. gr.

Privignam] Quæ ſic dicta, quòd genita, antequàm mater ſecundò nuberet. Feſt.

Vtræque filiæ loco] Regula juris civilis eſt, eos, qui in numero parentum aut liberorum ſunt, conjungi non poſſe, *l.* 53. *D. hoc tit.* cui locus etiam in affinitate, *l.* 14. §. *ult. eod.* Levit. c. 18. verſ. 15. & 17. ad Corinth. 5.

Eadem duobus nupta] Nullam apud gentem licitum unquam fuiſſe legimus, ut una mulier duobus aut pluribus viris nuberet.

Quia duas uxores] *l.* 2. *C. de inc. nupt. l.* 18. *C. ad leg. Iul. de adult.* Multæ quoque aliæ gentes virum uniæ copularunt. Dion. Galic. *lib.* 2. Ratæ binæ in Occidente nuptiæ. De Germanis teſtatur Tac. Valentinianus permittere voluit, Nicepp. Calliſt. *lib.* 11. *cap.* 33. Jul. Poll. *in chron.* In rep. Chriſtiana tolerari non oportere vincunt, quæ apud *Matth. cap.* 5. *&* 19. *Marc.* 10. *Luc.* 16. *Paul.* 1. *Cor.* 7.

COMMENTARIUS.

1 *Licèt affinitatis nulli propriè ſint gradus, tamen quaſi quoſdam gradus affinium numerari poſſe, & n.* 3.

2 *Genera affinitatis à veteribus canonibus excogitata, poſteriorum Pontificum decretis improbari.*

4 *In linea recta affinium eamdem eſſe prohibitionem, quæ in eadem linea cognationis.*

5 *In linea affinitatis tranſverſa quatenus ſe extendat prohibitio.*

6 *Interdicta Levit.* 18. *quæ affines ſpectant, moralia eſſe.*

7 *Iure civili antiquo non videri inter affines tranſverſæ lineæ prohibitionem fuiſſe.*

8 *Polygamiam in rep. Chriſtiana non eſſe tolerandam.*

HActenus de nuptiis, quæ propter cognationem prohibentur. Cognationis ſimulacrum quoddam eſt affinitas: cujus ea etiam vis eſt, ut quoſvis affines quibuſvis jungi naturæ honeſtas non patiatur. Sunt autem affines viri & mulieris cognati, dicti ab eo, quòd duæ cognationes, quæ inter ſe diverſæ ſunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit, οἱ κατ' ἐπιγαμίαν συγγενεῖς, *leg.* 4. §. 3. *de grad. & affin.* ubi nomina quoque affinium peculiaria re-
1 cenſentur. Gradus affinitati proprio nulli ſunt,
quia affines ab affinibus non generantur, *d. l.* 4. §.
5. nihil tamen prohibet, quoniam quaſi quoſdam
gradus affinium numeremus: ſic enim & Paulus
loquitur *l.* 10. *pr. d. tit.* dicamuſque, quo gradu
quiſpiam eſt cognatus marito, eo gradu eſſe affinem uxori & quaſi cognatum, & contra. Veteres canones etiam genera affinitatis numerant, eaque tria: ut ecce uxoris meæ filius mihi eſt in primo genere affinitatis: illius uxor in ſecundo genere: mortuo privigno meo ſi illa nubat Titio, hic mihi erit in tertio genere affinitatis: ſic uxoris meæ frater mihi eſt in primo genere affinitatis: uxor illius in ſecundo; quæ ſi mortuo marito alteri nubat, is mihi erit affinis in tertio
genere. Sed ſecundum & tertium genus affinita- 2
tis temerè excogitatum poſteriores Pontifices
meritò abrogarunt: nam qui uxori non ſunt conſanguinei, non poſſunt dici marito affines, & contra, ac proindè non prohibeor, verbi cauſa, uxorem ducere eam, quæ fratri uxoris meæ quondam nupta fuit, *cap. non debet, & ibi Gloſſ. de conſang. & aff. Covar. de matrim. part.* 2. *cap.* 6. §. 7. *num.* 6. Non obſtat, quod Papinianus reſpondet in *l.* 15. *hoc tit.* uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportere: hoc enim non eam rationem habet, quòd affines ſunt; ſed quòd honeſtas & pudor naturalis non patiatur mecum matrimonio jungi uxorem ejus, qui mihi aliquando filius ſeu loco filii fuit propter matrem, quam in matrimonio habui. Similis quædam prohibitio eſt in *leg.* 14. *pr. eod.* Naſcitur affi-
nitas ex unione viri & uxoris, qui cùm matri- 3
monio juncti unum fiant, neceſſe eſt vinculo iſto
etiam utrinque cum iis connecti ipſorum cognatos, eodemque gradu, quo quis cognatus eſt marito, fieri uxori affinem & quaſi cognatum, & ex contrario, quo gradu quis uxori cognatus eſt, eodem fieri affinem & quaſi conſanguineum marito: exempli gratia; in linea recta quia uxor mea uno gradu diſtat à patre ſuo, ab avo duobus ego quoque à ſocero uno gradu, à proſocero duobus diſtabo: idemque de cæteris tum adſcendentibus tum deſcendentibus ſtatuendum. In linea tranſverſa, quia maritus à fratre ſuo duobus gradibus diſtat, totidem diſtabit uxor à leviro: quod ipſum quoque dicundum eſt de glore, ſororio, fratria. Item quia uxor mea à patruo ſuo vel avunculo tribus gradibus diſſidet, ego quoque à ſoceri fratre vel ſorore totidem gradibus abero; & ſic deinceps. Videamus nunc quinam gradus affinitatis prohibiti, & anne iidem omnes, qui & cognationis.

In linea recta eadem jure civili prohibitio in
affinitate, quæ in cognatione. Itaque nec ſocer
nurum, nec ſocrum gener, nec vitricus privi- 4
gnam, nec privignus novercam ducere poteſt,
l. 14. §. *ult. hoc tit. l. nemini, Cod. eod.* quod & Juſtinianus *hoc & ſeq.* §. docet, prohibitionis hanc rationem afferens, quòd invicem parentum & liberorum loco ſunt: cui proindè conſequens eſt, nec inter proſocerum & pronurum, nec inter vitrici patrem & proprivignam, & ſic porrò, nuptias licitas eſſe, *d. l.* 14. §. *ult. Levit.* 18. *verſ.* 8. 15. *&* 17. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam eſſe & moralem, evincit locus Apoſtoli 1. *ad Cor.* 5. ubi tale ſtuprum ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat, & M. Tullius *in orat. pro Cluent.* cùm ſocrum genero nupſiſſe narraſſet, ſubdit; *O mulieris ſcelus incredibile, & præter hanc unam, in omni*

vita

Digitized by Google

vita inauditum ! atque in hoc quoque nobis
aſſentiuntur plerique Pontificiorum, *Covar. de
matrim.part.2.cap.6.§.10.num. 19.* In linea trans-
verſa æquali neque frater uxorem defuncti fra-
5 tris ducere, nec viciſſim ſoror marito ſororis
nubere poteſt, nec maritus cum ſorore uxoris,
aut uxor cum fratre mariti conjungi, quoniam
affinitate inter ſe ſunt facti fratres & ſorores, *l. 5.
l. pen. & ult. Cod. de inc. nupt.* facit *d. cap. Le-
vit.* 18. *verſ.* 16. quo loco cum fratris cum uxore
fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita
quoque cenſeri debet ſororis cum marito ſoro-
ris ſuæ conjunctio, ea ratione, quam affert Mo-
ſes, quia, inquit, fratris tui pudenda ſunt: quod
nihil aliud declarat, quàm quia uxor fratris tui
eſt, ut jam affinitate tu illi frater, illa tibi ſo-
ror facta ſit, quos conjungi naturæ honeſtas non
patitur. In transverſa affinitatis linea inæquali
Dominus expreſsè apud Moſen, *d. cap. verſ.* 14.
vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti
patrui, cui conſequens eſt: 1. nec ſororis filium
cum uxore defuncti avunculi conjungi poſſe.
2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii
fratris aut ſororis. 3. nec amitam aut materte-
ram cum marito filio fratris aut ſororis. Sed an
æquè ex conſequenti prohibitæ intelligi debeant
nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris
ſuæ, aut cum fratris vel ſororis uxoris ſuæ, ſive
leviri aut gloris filia, nonnulli dubitant, pro-
pterea quòd hæc conjunctio non videtur tam
longè recedere ab honeſtate & verecundia, quàm
præcedentes illæ. Minùs enim, ajunt, verecun-
dum eſt patruum meum cum ea, quæ mihi ali-
quando uxor fuit, conſueſcere, & duos conſan-
guineos cum eadem miſceri, quàm illum, qui
amitam mea in matrimonio habuit, jungi cum
ſorore mea, & unum ſucceſſivè cum duabus con-
ſanguineis, Atque ut putet aliquis, ordini naturæ
minùs convenire, ut quis ducat & maritali impe-
rio ſubiiciat amitam aut materteram uxoris ſuæ,
quòd iſtæ illi loco parentum ſunt, hanc tamen
rationem ceſſare in filia leviri aut gloris. At
enimverò ſi in univerſum ſpectamus cauſam, ob
quam nuptiæ in prædictis omnibus affinitatis
gradibus prohibentur, videlicet quia vir & uxor
in unum corpus coaleſcentes non ampliùs duo
ſunt, ſed una caro; in univerſum etiam dicen-
dum videtur, eoſdem gradus affinitatis prohibi-
tos cenſeri debere, qui prohibiti ſunt in cogna-
tione: & propoſitionem illam *Levit.* 18. 6. *Ad
proximam ſanguinis ſui nemo accedat*, etiam ad
affines, qui pro conſanguineis ſunt, pertinere,
& tam latè patere, quam latè patet prohibitio
inter ſanguine junctos. Baſilius in epiſt. ad
Diodorum.

Planè ut non æquè graviter omnes pec-
cant, nec puniendi ſunt, qui prohibitam in or-
dine cognatorum ducunt, ſed leviùs, qui ex tranſ-
verſa, graviùs, qui ex recta linea uxorem ſumunt:
ita etiam gravius delictum eſt, ex recta affinita-
tis linea, quàm ex tranſverſa uxorem ſumere.
6 Sunt verò etiam hæc interdicta, quæ affines tranſ-
verſæ lineæ ſpectant, moralia & perpetui juris:
neque enim Deus gentes ob ſingula facta cum
ſingulis interdictis pugnantia puniviſſet, niſi in
ſingulis peccaſſent contra jus naturæ: notentur
particulæ univerſales, quibus ſingulos caſus de-
ſignat legiſlator, cum idcircò gentes punitas ſub-
jicit. At enim, inquies, ſi lex de non ducenda
fratria *Levit.* 18. 16. perpetuam & naturalem cau-
ſam prohibitionis habet, qui fit, quòd fratria
certo caſu duci jubetur: *Deut.* 25. 3. Jus enim
naturale eſt immutabile. Reſpondent doctores
theologi, jus naturale duplex eſſe: unum tale,
ut abſolutè in ſe ac eſſentia ſua æquum & juſtum
ſit, quicquid eo continetur, ac proindè prorſ-
sùs immutabile; alterum, quod æquitatem & ju-
ſtitiam continet in rerum natura ſola Dei vo-
luntate impreſſam, ut à creatura naturæ ductu
approbaretur; ac poſterius hoc jus uti à legiſla-
toris voluntate dependet, ita & per eam aliquan-
do ex cauſa peculiari mutari: ſic quamvis jus na-
turæ vetet ſuum cuiquam auferre, Deum tamen
de iſto jure diſpenſaſſe, *Exod.* 12. 35. 36. quum
Iſraelitis mandaret, ut Ægyptiis ſua auferrent.
Atque ita etiam fortè Deus in Sanctis olim quæ-
dam matrimonia conceſſit propter ſacri generis
paucitatem. Eademque ratio eſt legis de fratria
certo caſu ducenda, excitandoque fratri ſine ſo-
bole defuncto ſemine, videlicet ut in nomen pri-
mogeniti conſervaretur familia, & primogenita
Chriſti numquam intermoritura ſignificaretur.
Auguſtin quæſt. 61. in Levit. Quare juris Pontificii
Interpretes aſſerunt, impedimenta hujuſmodi
non ita conſtringere in lege Euangelica ſicut
in Moſaica: atque inde monet Sanchez *de matr.
lib. 8. diſp. 6. num. 11. & ſeqq. & lib. 7. diſput. 52.
num. 6. & ſeqq.* nullos gradus conſanguinitatis &
affinitatis *Levit.* 18. hodie eſſe prohibitos jure
divino, niſi qui aliàs prohibiti ſunt jure naturæ
primævo. & conſequenter Pontificem in omni-
bus illis diſpenſare poſſe. Apud veteres Roma-
nos, ut hoc quoque obiter dicam, non videtur, 7
tranſverſa affinitatis linea prohibitionem habuiſ-
ſe: idque exemplo doceri poteſt, quod aſſerunt
M. Tullius *lib. 1. de divin.* & Val. Maximus *lib.* 1.
cap. 5. de Metello, qui mortua uxore Cæcilia fi-
liam ſororis Cæciliæ in matrimonium duxit:
quod tamen neuter eorum ut novum refert.
Quamvis autem aliquis dubitet, an hoc locum
habuerint in hac linea in univerſum, puta ſi fra-
ter viduam fratris, vel patruus aut avunculus u-
xorem filii fratris aut ſororis, vel contra filius fra-
tris aut ſororis uxorem patrui aut avunculi duce-
re voluiſſe: tamen ego crediderim, apud Ro-
manos jura affinitatis morte unius è conjugibus
pro extinctis habita fuiſſe: utique ſi liberi ex eo
matrimonio non ſupereſſent. Nam apud Plutar-
chum legimus, Marcum illum Craſſum cogno-
mento Divitem, defuncti fratris viduam duxiſ-
ſe: neque hoc tanquam novum aut præter mo-
rem factum auctor commemorat. Nimirum in
nuptiis contrahitur affinitas, ita ſolutis nuptiis
eam diſſolvi voluerunt, ſalva tamen reverentia
ex af-

Digitized by Google

ex affinitate nata inter eas perſonas, quæ parentum & liberorum loco fuerant, *arg. hujus & ſeq.* §. adeòque eadem ferè ratio affinitatis fuit, quæ adoptionis, quia & ipſa ſoluta nuptiæ non impediuntur, niſi ob ſolam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerunt. Neque enim dubito, quin patruus adoptivam & filiam fratris filius amitam adoptivam, ſoluta per emancipationem adoptione, ducere potuerit, cùm nuptiæ etiam cum ſorore adoptiva diſſoluta adoptione conſiſterent, §. 2. *ſup.* Sed profectò magnum diſcrimen eſt inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum eſt: affinitas verò etiam cauſam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis ſolutis adhuc permanet, quò pertinet illud Pontificis in c. 1. *cap. 35. q. 1. uno defuncto, in ſuperſtite affinitatem non deleri*.

Quia utræque filiæ loco] Regula juris civilis eſt, eos, qui in numero parentum aut liberorum ſunt, conjungi matrimonio non poſſe, *l. nuptiæ 53. hoc tit.* cui regulæ locus eſt non tantùm in cognatione, ſed etiam in affinitate, *l. 14. §. ult. eod.* & quamvis jure civili, ut ſupra diximus, id tantùm obtinuiſſe videatur in recta affinitatis linea, ob reverentiæ cujuſdam & honeſtatis reſpectum, qui ceſſet in iis, qui ex tranſverſo gradu invicem affines ſunt; tamen & alias eſſe hujus prohibitionis cauſas, de quibus paulò antè diximus.

Si fuit nurus ſua] Ergo diſſoluta demum affinitate huic prohibitioni locus eſt: quod & disertè exprimitur in §. *ſeq.* ibi: *diſſoluta demum affinitate*. Qui locus conjecturam noſtram adjuvat, mortem unius è conjugibus affinitatem diremiſſe; ſed ob perſonarum venerationem & pudorem naturalem nuptias nihilominùs interdictas fuiſſe inter eos, qui affinitate parentes & liberi fuerant. Utique cauſam prohibitioni dedit ante contracta affinitas.

Eadem duobus nupta] Unam apud plures nuptam, è diametro pugnat cum recta ratione, quia (ut alia omittam, quæ dictu fœda) officit procreationi liberorum, qui principalis matrimonii finis eſt. Neque apud ullam gentem licitum unquam fuiſſe legimus, ut una mulier duobus aut pluribus viris nuberet. Tertull. adverſùs Marc. *manente matrimonio nubere adulterium eſt*.

Duas uxores eodem tempore] Duas aut plures uxores apud unum nuptas eſſe, multi putant non pugnare cum naturali ratione, cùm apud pleraſque gentes id licitum fuiſſe legamus; adeòque ipſe Deus hanc polygamiæ ſpeciem populo ſuo permiſerit. Sed non deeſt quod repugnatur, vide
8 quæ dixi ſub §. 1. *ſub de patr. pot.* Utut eſt, conſtat ex iis, quæ à Chriſto dicuntur apud *Matth. 5. 32. & 19. 9. Marc. 10. 4. Luc. 16. 18.* & quæ ſcribit Paulus 1. *Cor.* 7. polygamiam in republica Chriſtiana non eſſe tolerandam: quæ etiam multis gentibus improbata fuit. Raræ binæ ſimul in Occidente nuptiæ. Neque enim apud Romanos tantùm conſtitutum fuit, ne quis binas eodem tempore uxores haberet, ſed etiam apud Græcos, & jam tempore Cecropis Athenienſium regis, *vid. Pet. Fabr. 2. ſemeſt.* 1. Germanos quoque noſtros ſingulis uxoribus contentos fuiſſe ſcribit *Tacitus de morib. German.* Sed & plures alias gentes virum unicæ mulieri copulaſſe teſtatur *Dionyſius Halicarnaſ. lib. 2.*

TEXTUS.

De Socru & noverca.

7. *Socrum quoque & novercam prohibitum eſt uxorem ducere: quia matris loco ſunt. Quod & ipſum diſſoluta demum affinitate procedit: alioquin ſi adhuc noverca eſt, id eſt, ſi adhuc patri tuo nupta eſt, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc ſocrus eſt, id eſt, ſi adhuc filia ejus tibi nupta eſt, ideò impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.*

NOTÆ.

7. *Duas uxores*] Bigami pœna capitalis eſt, Theophil. ὑποκείσεται τῷ τῆς μοιχείας ἐγκλήματι. 60. *Baſil. lib. 37. c. pen.* & rectè; nam, ut ait Tertull. *adv. Marc. Manente matrimonio nubere adulterium eſt*, fac. *l. 18. C. ad leg. Iul. de adult.*

COMMENTARIUS.

HUjus §. & ſuperioris eadem planè eſt ſententia, ut nova explicatione non indigeat.

TEXTUS.

De comprivignis.

8. *Mariti tamen filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium rectè contrahunt: licèt habeant fratrem ſororemve ex matrimonio poſteà contracto natos.*

NOTÆ.

8. *Mariti filius ex alia uxore*] Titius cùm haberet filium ex conjuge defuncta, Semproniam uxorem duxit, quæ ex priore matrimonio filiam habebat. Q. an inter filium Titii & filiam Semproniæ nuptiæ conſiſtant. R. conſiſtere. Ratio eſt, quia nulla eſt inter comprivignos affinitas; utpote quæ ultra perſonas matrimonio junctas non extenditur. Vveſ.

Rectè contrahunt] *l. 34. §. pen. D. hoc tit. l. 134. pr. de verb. oblig.* neque *Levit. 18. verſ. 11.* prohibentur nuptiæ ἀλληλοπρογόνων, ſed fratris, & ſororis ὁμοπατρίου ſive conſanguineæ.

COMMENTARIUS.

COgnati perſonarum, quarum interventu & copula contracta eſt affinitas, inter ſe nuptias contrahere non prohibentur. Et ratio eſt perſpicua; quia inter eos nulla eſt affinitas, utpote quæ ultra perſonas conjunctas non extenditur: hoc eſt, cognati quidem uxoris marito ſunt affines, & contra cognati mariti affines uxori; ſed ipſi cognati utriuſque non ſunt inter ſe affines: alioqui ſimulacrum cognationis latiùs pateret, quàm ipſa cognatio, *l. 34. §. pen. hoc tit. l.134. pr. de verb. oblig.* Hinc igitur eſt, quòd inter comprivignos contrahi nuptiæ poſſunt, quòd pater & filius matrem & filiam, duo fratres duas ſorores ducere non prohibentur. Quamquam hic rectè facturos arbitror, qui magis id quod honeſtum eſt, quàm quod licet, inſpicient, ne ordo cognationis, cujus imago eſt affinitas, nimium perturbetur: quod fit, ſi, verbi cauſa, pater filiam, filius matrem uxorem ducat. Putaverunt quidam nuptias comprivignorum vetari *Levi.18.11. Ant. Matth. in not. hic, & D. Cyprian. Regn. in conſ. Belg.* Sed perſpicuus error eſt. Illic enim non comprivignorum, ἀλληλοπρογόνων, ſed fratris & ſororis conſanguineæ, id eſt, ab eodem patre ex alia & ſecunda uxore ſuſceptæ, prohibentur nuptiæ: de qua conjunctione nihil dictum erat verſ. 9. ubi prohibentur nuptiæ ſororis germanæ & uterinæ duntaxat. Verba Moſis ſunt: *Turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quam peperit patri tuo, & eſt ſoror tua, non revelabis.* In verſione LXX. eſt, ὁμοπατρία ἀδελφή σου.

Licèt habeant fratrem ſororemve] Communi fratre aut ſorore ex novo parentum matrimonio poſtea ſuſceptis, videri poterant arctiùs privigni conjungi, attamen ne id quidem nuptias eorum impedire, Papin. reſpondit *leg. generali 34. §.2. hoc titulo.*

TEXTUS.

De quaſi privigna, quaſi nuru, & quaſi noverca.

9. Si uxor tua poſt divortium ex alio filiam procreavit, hæc non eſt quidem privigna tua: ſed Julianus ab hujuſmodi nuptiis abſtineri debere ait. Nam conſtat, nec ſponſam filii nurum eſſe, nec patris ſponſam novercam eſſe: rectius tamen & jure facturos eos, qui ab hujuſmodi nuptiis abſtinuerint.

NOTÆ.

9. *Uxor tua poſt divortium*] Ex *l.12. §.1.2. & 3. hoc tit.* Vix eſt, ut hujuſmodi caſus non exiſtat. Sed & pridem apud Romanos deſierunt bona gratia matrimonia diſſolvi. De jure, quod antea obtinebat, Auguſtin. *1. ad Valer. de nupt. & concup. 10. & de bon. conjug. 8.*

Non eſt privigna] Ratio ex notatione verbi. Privignus enim dictus, quòd priùs, quàm mater ſecundò nuberet, genitus eſt. Eeſt. Græcis πρόγονος.

Abſtineri debere] Propter honeſtatem, quæ in conjunctionibus ſpectatur, *leg. 42. D. hoc titulo* ἐν τοῖς γάμοις οὐ μόνον τὸ ἐπιτετραμμένον ζητεῖσθαι, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπές, ut ajunt interpretes canonum. Quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Fabrot.

Nam conſtat] Argumentum à comparatione minorum. Multò enim mihi minor cum ſponſa filii neceſſitudo, quàm cum quaſi illa privigna, cujus mater mihi nupta fuit. Hotom.

Nec ſponſam filii nurum] Propriè ſponſa non eſt uxor, *leg. 12. §. 1. & 2. hoc titulo.* Impropriè tamen appellatione nurus ſponſam quoque accipimus, *l. 6. l. 8. D. de grad. & affin.* Eſt enim ſponſa quaſi uxor, & ſponſus quaſi maritus. Tertul. *de vel. virgin. Deſponſata enim quodammodò nupta.*

COMMENTARIUS.

1 *Sponſalibus propriè non contrahi affinitatem.*
2 *Ex illegitima etiam conjunctione affinitatem naſci.*

SUperiùs dictum eſt, privignam tibi loco filiæ eſſe, eò quòd mater tibi nupta eſt, nec poſſe te eam uxorem ducere, licèt morte matris aut alio modo ritè ſolutum ſit matrimonium. Quæritur igitur, ſi uxor tua poſt divortium alteri nupſerit, & ex eo filiam procreaverit, an ne eam quidem uxorem ducere poſſis. Ratio dubitandi, quia non eſt privigna tua, utpote genita poſtquàm mater ſecundò nupſit. Nam ut Feſtus ſcribit, *privignus inde dictus eſt, quòd prius genitus ſit, quàm uxor ſecundò nuberet,* (Græcis πρόγονος.) aut ſi tem mavis quàm notationem inſpicere, nulla tibi affinitate conjuncta unquam fuit; quoniam nondum nata erat, cùm matrem in matrimonio haberes. Sed tamen ab hujuſmodi nuptiis abſtinendum eſſe, rectè placuit, *l.11. §.1. hoc tit.* ob conſuetudinem, quæ mihi cum matre fuit.

Nam conſtat, nec ſponſam filii] Nudis ſponſalibus propriè non contrahitur affinitas, ſed nuptiis duntaxat. Sponſalia enim nihil aliud ſunt, quàm mutua futurarum nuptiarum repromiſſio, *l.1. de ſponſalib.* quam liberè liceat infringere, *l.6. d. tit. l. C. eodem.* ac proindè, verbi cauſa, ſponſa filii mei nurus mea non eſt, nec patris ſponſa propriè noverca, *l.12. hoc titulo.* Quid eſt igitur, quod Juriſconſulti reſpondent, nomine affinium etiam futuros conjuges comprehendi? *l. 6. l. 8. de grad. & affin. l.3. l.4. de leg. Pomp. de parr. l.13. §.3. ad leg. Jul. de adulter.* nempe id minus propriè dici conſtat, & locum habere, cum ſponſalia adhuc durant, & ſpes eſt fore, ut matrimonium prope diem ſequatur: ſolutis autem ſponſalibus, & ſpe nuptiarum penitus ſublata, nulla ampliùs intelligitur affinitas, de qua ſpecie agitur hoc noſtro §. & d. l. 12. ac ſolùm honeſtatis cauſa nuptiæ inter perſonas enumeratas prohibentur, eòque pertinent, *l. ſemper 42. hoc tit. l. ſemper 197. de regul.* 1

regul. jur. Igitur quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Argumentatur autem Juſtinianus à comparatione minorum. Et ita profectò eſt, ut mihi multò minor ſit cum ſponſa filii mei neceſſitudo, quàm cum illa quaſi privigna: quippe cujus matrem in matrimonio habui: ex qua fortè & liberos, qui illi fratres ſunt, ſuſcepi. At ſponſam filius meus numquam attigit, ac fortaſſis ne vidit quidem, ut hic ſola honeſtas cauſam prohibitioni præbeat, illic etiam corporum commixtio, quæ præcipuè in hoc negotio reſpicitur, & à Moſæ detectionis nomine honeſtè ſignificatur. De eo ambigitur, an etiam ex illegitima conjunctione contrahatur affinitas. Sed dicendum eſt contrahi. Nam ſi ex quovis coitu, quantùmvis illegitimo, naſcatur cognatio, cur non etiam affinitas intelligatur? Sic certè à cognatione, quæ ex contubernio ſervorum deſcendit, affinitatem ſervilem Paulus arguit, *l.* 14. §.3 *hoc titulo*. Neque ob aliam cauſam, quàm ob affinitatem, prohibetur filius patris ſui concubinam uxorem ducere, *l.4.C. eodem*, aut in concubinatu habere, *leg.1.§.3.de concubin.* Quod autem Modeſtinus reſpondit, *leg.4.§.ſciendum 8. de grad.& affin.* affinitatem nonniſi ex juſtis nuptiis oriri, de plena & perfecta affinitate intelligendum eſſe vel ex eo liquet, quod eodem loco ſcribit, nec cognationem extra nuptias conjungi, contra quam ipſe definit §. 2. *ejuſdem l.* 4. Atque ita ſentiunt Juris Canonici Interpretes, dum ex ſponſalibus validis de futuro, & ex concubitu illegitimo inducunt impedimenta dirimentia, quæ vocant juſtitiæ publicæ honeſtatis.

TEXTUS.

De ſervili cognatione.

10. *Illud certum eſt, ſerviles quoque cognationes impedimento nuptiis eſſe, ſi fortè pater & filia, aut frater & ſoror manumiſſi fuerint.*

NOTÆ.

10. *Serviles cognationes*] *Ex l.14. §. 3. D. hoc tit.* idemque obſervatur & in ſervilibus affinitatibus, *d. leg.* 14. §. 3. aliàs non facilè ulla ſervilis videtur eſſe cognatio; *l.1. §. 2. D. unde cogn.*

Manumiſſi] Nam ſervorum inter ſe nullum matrimonium eſt. Utique tamen nec ſervile contubernium inter has perſonas permiſſum. Vveſ.

COMMENTARIUS.

SI ex quavis etiam illegitima conſuetudine naſcitur cognatio, quæ nuptiis impedimento ſit, *l. nuptiis, 55. & ſeq. hoc titulo*: conſequens eſt, etiam ex ſervorum conjunctione cognationem hujuſmodi naſci, *l.14.§.2.eodem.* Semper enim in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inſpicitur. Natura autem omnes homines æquales ſunt: adeòque quod in cognationibus ſervilibus conſtitutum eſt, etiam in ſervilibus affinitatibus obſervatur, *d.l.14 §.3.*

Manumiſſi fuerint] Hoc non ita accipiendum eſt, quaſi ante manumiſſionem patri filiam aut fratri ſororem in contubernio habere liceat; ſed ideò additum, quia de nuptiis hic quæritur, quas conſtat inter perſonas ſerviles non conſiſtere de hoc jure. Planè quia ſervi ob conditionis vilitatem digni non habebantur, quos lex obſervaret, ideò nec leges, quibus pœna inceſtus aut adulterii conſtituta eſt, ad ſervos pertinere exiſtimantur; ut proindè nec eadem ſervitute ob inceſtum aut violatum contubernium coercendi ſint, quo cives Romani & legum nexu juncti, *l. 6. ad leg. Iul. de adult. l. ſervi 13. l. quæ adulterium 29. C. eod.* Atque hoc eſt, quod Paulus ſcribit *l.10. § 5. de grad.* ſerviles cognationes ad leges non pertinere. Jure pontificio etiam inter ſervos matrimonium eſt, *x. de conjug. ſerv.*

TEXTUS.

De reliquis prohibitionibus.

11. *Sunt & aliæ perſonæ, quæ propter diverſas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digeſtorum ſeu Pandectarum ex jure vetere collectarum enumerari permiſimus.*

NOTÆ.

11. *Aliæ perſonæ*] Veluti tutor & pupilla curator & adulta, præſes & provincialis, ſenator & libertina, *l.36. & 2. ſeqq. l.44. l.57. l.59. & ſeqq. D. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

S*Unt & aliæ perſonæ*] Quales ſunt tutor vel curator, liberivè eorum, qui cum pupilla vel adulta nuptias contrahere vetantur, ne videlicet eo pacto rationum redditio intervertatur, *l. tutor. 36. & ſeqq. l. ſenatuſconſulto 59. & ſeq. hoc tit. l. 1. & paſſim, C. de interd. matrim. inter pupil. & tut.* Item præſes, vel qui officium in provincia adminiſtrat, provincialem uxorem ducere prohibetur, *l. ſi quis 38. l. qui in provincia 57. hoc tit. l. un. C. ſi quar. præd. pot.* Lege quoque Julia vetatur ſenator ducere libertinam, aut quæ ipſa, cujuſve pater artem ludicram fecerit, *l. lege Iulia 44. hoc tit.* Quæ cùm hodie non obtineant, non eſt operæ pretium pleniùs perſequi, vid. *Ritterſh. lib. 1. diff. 20. nu. 12. Zipæ. not. jur. Belg. de ſponſal. pr. Græner. dell. abrog. ad tit. C. ſi quac. prac. pot.*

TEXTUS.

De pœnis injuſtarum nuptiarum.

12. *Si adverſùs ea, quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ,*

Digitized by Google

nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu naſcuntur, in poteſtate patris non ſunt: ſed tales ſunt (quantum ad patriam poteſtatem pertinet) quales ſunt ii, quos mater vulgò concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur. quum & iis pater incertus ſit, unde ſolent Spurii *appellari* παρὰ τὴν σποράν, & ἀπάτορες, *quaſi ſine patre filii. Sequitur ergo, ut diſſoluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus ſit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ ſacris conſtitutionibus continentur.*

NOTÆ

12. *Nec vir nec uxor.*] Sunt enim hæc ὀνόματα ἐνόματα, juſti conjugii nomina. Pœna igitur communis omnium injuſtarum conjunctionum eſt, quòd ipſo jure tales nuptiæ nullæ ſunt: ſicut nec cætera conſiſtunt, quæ contra leges fiunt, *l. 5. C. de legibus.*

Nec dos] Matrimonium quidem ſine dote eſſe poteſt, at dos eſſe non poteſt ſine matrimonio, *l. 3. D. de jur. dot.*

Quantum ad patriam poteſtatem] Comparatio natorum ex illegitimo matrimonio cum vulgò conceptis, quantum attinet ad patriam poteſtatem: In hoc ſpuriorum & injuſtorum liberorum par eſt conditio, quòd ſicut ſpuriis pater incertus eſt, ita qui naſcuntur ex injuſto coitu, patrem non habere credantur: quoniam licèt patrem demonſtrare poſſint, eum tamen habent, quem habere non licet, *l. 23. D. de ſtat. hom.*

Cum & iis] Cujac. legit, *cum & is pater incertus eſt.*

Παρὰ τὴν σποράν] Theop. quaſi σποράδην, id eſt, *ſparſim, vulgò, promiſcuè*, quòd ſecuti Cujac. & Hotom.

Quaſi ſine patre] Non quod ſine patre ſint; ἀνδρὸς δὲ πατρὸς τέκνον οὐκ εἶναι π.τ' ἄν, ait Euripid. ſed quoniam vulgivaga Venere natis pater incertus eſt. *Spurius* apud Romanos eſt proprium & primum nomen, ſicut *Sextus Decius*, &c. iiſdemque notis & prænomen *Spurius*, & vulgò quæſuos deſignabant, niſi quòd illud ita notabant SP. hoc S. P. interpoſito puncto. Hinc ex joco natum, ut vulgò concepti *Spurii* dicerentur, Plutarch. *quæſt. Rom. cap. 11.*

Nec dotis, nec donationis propter nuptias] Sed dos & donatio hæc fit caduca, id eſt fiſco vindicatur, *l. 32. §. ult. D. de don. inter vir. & uxor. l. 4. & auth. inceſtas. C. de inceſt. nupt.* Donationis propter nuptias in aliis mentio non fit, nec apud Theophil.

Et alias pœnas] Pro qualitate delicti, *tot. tit. C. de inceſt. nupt. Nov. 12. l. ult. D. hoc tit. l. 38. D. ad leg. Jul. de adult.* & ſimili.

COMMENTARIUS.

1 *Refellitur error eorum, qui putant nuptias filiorumfam. ſine parentum conſenſu contractas accedente copula confirmari.*

2 *Extra nuptias quæſitos omnes quoad patriam poteſtatem pro vulgò conceptis & ſpuriis haberi.*

3 *Dotis aut donationis nomine ob injuſtas nuptias data, caduca fieri.*

4 *Prohibitarum nuptiarum pro varietate negotii & circumſtantiarum varias eſſe pœnas.*

ILlegitimæ conjunctionis duplex pœna: nam & ipſo jure tales nuptiæ nullæ ſunt, & præterea qui ita coëunt, pro qualitate delicti caſtigantur. Primùm dicimus, hujuſmodi nuptias ipſo jure non ſubſiſtere, ſicut nec cætera ſubſiſtunt quæ contra leges fiunt, *l. non dubium, C. de legib.* unde ſequitur, quod hic ait Juſtinianus, nec virum, nec uxorem, nec matrimonium, nec dotem, in tali conjunctione intelligi; quippe quorum nominum uſus in juſtis nuptiis dumtaxat. Dubitari autem non debet, quin primis hujus §. verbis, *Si adverſùs ea*, &c. contineantur etiam nuptiæ filiifamil. ſine patris conſenſu contractæ, ut & ipſæ neutiquam de hoc jure conſiſtant, *l. 2. hoc tit. fac. l. dotis 68. de jur. dot. l. 13. §. ſi quis 6. ad leg. Jul. de adult.* & liberi ex tali coitu ſuſcepti injuſti ſint: quam in rem expreſſus textus eſt in *l. 11. de ſtat. hom.* Atque hic locus vel unus ſuf- 1
ficit ad refellendum eorum errorem, qui contendunt nuptias ſine patris conſenſu contractas, utut ab initio irritæ ſint & nullius momenti, accedente tamen corporum conjunctione confirmari. Ait Paulus *d. l. 11.* liberos ex tali conſortio natus injuſtos eſſe. An igitur exiſtimant, etiam ſine conjunctione corporum liberos naſci? Quid porrò tam abſurdum eſt, quàm dicere, concubitum, rem ſine matrimonio illicitam, confirmare actum ipſo jure nullum, hoc eſt, efficere, ut ratum & juſtum ſit matrimonium, quod contra leges contractum eſt? His conſentit decretum Tridentinæ Synodi, quo matrimonia præſumpta ex copula poſt promiſſionem de futuro habita declarantur clandeſtina & nulla, *ſeſſ. 24. de reformat. matrimon. cap. 1.* & ſic abrogavit hac parte *cap. is, qui fidem 30. extr. de ſponſal. & matrimon.* Atque hoc tantùm non fatetur Franc. de Amaya, Hiſpanorum Juris Conſultorum diſertiſſimus, *lib. 1. obſerv. jur. cap. 4. num. 10. & 11.* quamquam *num. 12. & ſequent.* perperam Paulum interpretatur, quaſi hoc Juriſconſultus ſentiret, liberos conceptos ex matrimonio, quod quis ſine patris conſenſu contraxit, natoſque poſt mortem avi, juſtos quidem non cenſeri ex tempore conceptionis, ſed tamen tales eſſe à tempore nativitatis: quæ interpretatio tam à ratione juris, quàm à mente & verbis Juriſconſulti planè aliena eſt: nec juvatur, ſed refellitur illa ipſa *l. 6. Cod. hoc tit.* quam ad confirmationem interpretationis ſuæ vir do-

ctiſſi-

Digitized by Google

ctiſſimus affert. Occaſionem errori dedit reſponſum Ulpiani *leg. 1. §. ultim. de liber. exhib.* quo tamen loco manifeſtè loquitur Juriſconſultus de nuptiis ab initio voluntate patris contractis, qui poſtea genero offenſus pro poteſtate ſua filiam vult abducere, & nuptias rite contractas diſſolvere. Neque enim nuptias illas, ſi contra leges initæ fuiſſent, Ulpianus appellaret concordans & liberis ſubnixum matrimonium. Sic etiam, quod apud Paulum 2. *ſentent.* 16. §. 1. legimus, eorum, qui in poteſtate patris ſunt, ſine voluntate ejus matrimonia jure non contrahi, ſed contracta non ſolvi; non ita accipiendum eſt, quaſi ratum ſit matrimonium, quod ſine voluntate patris contractum eſt; hoc enim diſertè idem Paulus negat *d. l. 11. de ſtat. homin. & d. l. 2. hoc tit.* ſed ſi volente patre contractum ſit, non ideò poſtea diſſolvendum, quòd pater in ea voluntate non perſeveret, *l. cum hic ſtatus 32. §. ſi ſocer. 19. de donat. inter vir. & uxor l. 5. C. de repud. D. Duar. ad tit. ſol. matrim. cap. 2. de nupt.* Et tamen etiam hoc caſu pater juſta cauſa interveniente filiam, licèt renitentem & renitente genero, domum abducere poteſt, *d. l. 5. Cod. de repud.* Priſcis temporibus etiam laxior hic patris poteſtas fuit. In Sticho Plauti Antipho filias ſuas Panegyrin & Pinacium ob hoc ſolum vult abducere, quòd mariti paulò diutiùs abeſſent domo: ad quem Panegyris;

Aut olim, niſi tibi placebant, non datas oportuit:
Aut nunc non æquum eſt abduci, pater, illiſce abſcentibus.

Apud Nonium ſic Afranius:

O indignum facinus adoleſcentis, optimas,
Bene convenientes, concordes cum viris,
Repente viduas faciat ſpurcitia patris.

In eamdem rem Cujac. *ad Nov. 22.* adducit Ennii locum, ubi ita queritur filia:

Injuria abs te afficior indigna, pater:
Nam ſi improbum eſſe Creſiphontem exiſtimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis? Sin eſt probus,
Cur talem invitum invitam cogis linquere?

Quamvis autem eo jure, quo nos hodie utimur, divortia liberorum, qui ſervato legum præſcripto contraxerunt, non ſint in poteſtate & arbitrio patris, non magis quàm in poteſtate matris olim fuerunt, *leg. 4. Cod. de repud.* ea tamen parte conſtitutionem juris civilis adhuc ſequendam eſſe contendimus, qua matrimonia injuſta & irrita eſſe, liberoſque inde natos illegitimos pronuntiat: quamquam juris Canonici Doctores communi calculo affirment valere matrimonium filiifamilias ſine conſenſu patris contractum, dummodò coram proprio Parocho & duobus vel tribus ſaltem teſtibus fuerit celebratum juxta formam à Concilio Tridentino præſcriptam *ſeſſion. 24. cap. 1.* ubi anathemate feriuntur, qui illud verum ratumque eſſe negant. De quo videndi erunt *Tim. Fab. in diſput. anniverſ. ad hunc §. D. Io. à Sande lib. 2. rer. jud. tit. 1. cap. 4* ubi utriuſque ſententiæ præcipuos auctores citat, tum Theologos, tum Juriſconſultos, *D. Ion. Chriſtin. de ſponſal. diſſ. 1. quæſt. 20.*

Vinnius in Inſtitut.

Quantum ad patriam poteſtatem] Comparatio eorum, qui ex injuſto matrimonio nati ſunt, cum iis, quos mater vulgò concepit, quoad patriam poteſtatem, cujus ſolius rei gratia hic de nuptiis quæritur, & neutri quoad hunc effectum patrem habere intelliguntur: quoniam nemo, reſpectu eorum, qui ſunt juris civilis, filius intelligitur, niſi qui ex viro & uxore natus eſt, *l. 6. de his qui ſui vel alien. jur.*

Quum & iis pater incertus ſit] Hæc verba non obſcurè innuunt, non tantùm vulgò quæſitos incertum habere patrem, ſed etiam eos, qui ſunt ex injuſtis nuptiis procreati. Et vulgò quidem conceptos patrem demonſtrare non poſſe certum eſt. Unde Diogenes conſpicatus meretricis filium lapidem in turbam hominum conjicientem, *Cave*, inquit, *ne patrem ferias.* At nati ex ea, quæ cum uno tantùm, licèt illicitè, rem habuit, non videntur dici poſſe habere incertum patrem, quod & verum eſt. Sed tamen, quantum ad patriam poteſtatem attinet (quod ideò etiam nominatim expreſſit Juſtinianus hìc) non modò vulgivaga Venere concepti patrem habere non intelliguntur; verùm etiam omnes, qui extra nuptias quæſiti ſunt, licèt patrem demonſtrare poſſint, ex incerto tamen patre nati dicuntur, & pro vulgò quæſitis ſpuriiſque habentur, *l. vulgò de ſtat. homin. l. 3. C. ſolut. matrimon.*

Παρὰ τὴν σποράν] Apud Theophilum eſt, quaſi *σποράδην*, id eſt, *ſparſim, vulgò, promiſcuè* concepti, quod magis probo cum Vveſemb. & Hotom. Aliam hujus nominis rationem affert Plutarch. *in problem.* Scribit enim hanc appellationem inde natam eſſe, quòd Romani iiſdem notis & prænomen *Spurius*, & vulgò quæſitos deſignabant, niſi quòd illud ita notabant S.P. hos S.P. interpoſito puncto tanquam *ſine patre.* Atque huic quod Hotom. & Vveſemb. pro eo, quod vulgò legitur, *ἀπάτορες*, *quaſi ſine patre filii*, ſubſtituerunt, *quaſi S. P. i. ſine patre filii*, quomodò & Theophilus legiſſe videtur.

Nec dotis, nec donationis] Quod dotis aut donationis propter nuptias ob injuſtum conjugium datum eſt, caducum ſit, id eſt, fiſco vindicatur, *l. 4. auth. inceſtas, Cod. de inc. nupt. l. neceſſe. 52. l. dote 61. hoc tit. l. cum hic ſtatus 30. §. ult. de donat. inter vir. & uxor.* præterquàm ſi qui aut errore acerrimo, non affectato, neque ex levi cauſa decepti ſunt, aut ætatis lubrico lapſi, *d. leg. 4. C. de inc. nupt.* in fœminis etiam error juris excuſatur, ſed poſitivi, dumtaxat; eòque referimus *l. 1. Cod. de cond. ob cauſ. dat. l. 7. C. de donat. inter virum & uxor. l. 1. §. 2. de his quibus ut indign. add. Sich. in d. l. 4. Chriſtin. volum. 1. deciſ. 337. & volum. 3. deciſ. 129. n. 6.*

Et alias pœnas] In magna delicti varietate variæ quoque pœnæ conſtitui debuerunt. Plurimum

enim refert, an quis prohibitas jure gentium nuptias contraxerit, an jure civili dumtaxat; ſciverit, an ignoraverit; in facto erraverit, an jure; mas ſit, an fœmina; major, an minor, *vid.l.ult.hoc tit.l.4.l.6.cum auth.ſeq.C.de inc.nupt. Nov. 12. l. unic.C. ſi quac. præd. pot.* quæ multam irrogat pecuniariam infamiam, *l. pen. C. de interd.matrim.* cum infamia pœnam ſtupri, *l. 18. C. de adult.l.ſi adulterum 38.pr. §. 1. & ſeqq. eod. & ibi Bart. & DD. add. Gloſſ. & DD. ad hunc locum Covar. de matrim.p.2. cap. 6. §. 8. Chriſtin. volum. 3. deciſ. 129. Damhoud. prax. crimin. cap. 94.*

TEXTUS.

De Legitimatione.

13. *Aliquando autem evenit, ut liberi, qui ſtatim, ut nati ſunt, in poteſtate parentum non ſunt, poſtea redigantur in poteſtatem patris: qualis eſt is, qui dum naturalis fuerat, poſtea curiæ datus, poteſtati patris ſubjicitur: nec non is, qui à muliere libera procreatus, cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, ſed ad quam pater conſuetudinem habuerat, poſtea ex noſtra conſtitutione dotalibus inſtrumentis compoſitis, in poteſtate patris efficitur. Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, ſimiliter noſtra conſtitutio præbuit.*

NOTÆ.

13. *Qui dum naturalis*] Natus ex concubina, non ex ſtupro, ſcorto, aut conjunctione legibus vetita, *l.44.C.de Epiſc.& cler.Nov.74.cap. 6.* Balſam. *ad ſynod. Laodic.* in quo errat Theophil. Nam concubina legibus cognita, non eſt meretrix.

Poſtea curiæ datus] In curiam cooptatus, curialis factus, *l. 9. C. de nat.lib.* Modus hìc legitimandi manat ex conſtitutione Theodoſii, *l. 3.C.eod.*& Leonis, *l.4.eod.* deque eo latiùs agit Juſtinian.*Nov.89.cap.2.& ſeqq.* Cauſam præbuere onera curialium. Theophylact. *in Marc. cap. 15.* Sozom. 1. c. 8.

A muliere libera] Id eſt, ingenua, *l. 10. C. de tit.* Idem tamen eſt, ſi eſt libertina vel ancilla, *Nov.18.ult.Nov.89.* Cujac.

Dotalibus inſtrumentis] Id eſt, *nuptialibus*, ut in *d. l.* 10. & alibi ſæpè. Tabulas autem neceſſarias eſſe, arguunt quotquot ſunt loci, in quibus de hac ſpecie legitimationis agitur. In conſtitutionibus Græcis appellatur *διὰ προικώων [illegible]*.

Quod & aliis liberis, qui poſt ea] Cujac. legit, *Quid ſi alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c.* ut ſit ſenſus, liberos antea ſuſceptos à Juſtiniano æquari poſtea natis, ut poſteriores in hæreditate patris potiores non ſint, ſed una eademque lance trutinentur, ut eſt in *d. l.* 10. Malim tamen legere cum Hoton. *Quod ſi ſi alii liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c. §. 2. inf. de hær. quæ ab inteſt.* de quo dubitatum fuit propter *d.l.* 10. ut conſtat ex *l. 11. C.* ubi hæc quæſtio deciditur. Ut ut eſt, beneficio Principali non indigent, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt. Introduxit poſtea Juſtinianus & tertium legitimationis genus per reſcriptum Principis, *Nov. 74. cap. 2. Nov. 89. cap. 9. & 10.*

COMMENTARIUS.

1 *Objectum legitimationis eſſe liberos naturales, nec tamen omnes, qui ita appellantur, aut appellari poſſunt.*
2 *Speciem legitimationis per oblationem curiæ ab uſu receſſiſſe.*
3 *An nepos ex filio naturali per ſubſequens matrimonium avi, defuncto patre, avo fiat legitimus.*
4 *Legitimationem jure civili non procedere, niſi intervenientibus inſtrumentis nuptialibus, ſecus jure Can. quod mores hodierni ſequuntur.*
5 *Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos juſtum non haberi ſine diſpenſatione.*
6 *De legitimatione per reſcriptum Principis.*

TRanſit hìc Imp. ad alterum modum conſtituendæ patriæ poteſtatis: quæ legitimatio dicitur, eò quòd liberi extra nuptias ſuſcepti hoc modo efficiuntur legitimi, & patris poteſtati ſubjiciuntur. Species legitimationis tres ſunt: nam aut per curiæ oblationem fit, aut per ſubſequens matrimonium, aut denique per reſcriptum Principis, quarum duæ priores hìc tantùm proponuntur: tertius enim modus eſt ex legibus novellis. Sunt qui quartam ſpeciem adjiciunt, *Guidel. lib. 1. de jur. noviſſ. c. 16. Perez ad tit. C. de nat. lib. num. 16.* nominationem filii in teſtamento aliove inſtrumento habente ſubſcriptionem trium teſtium à patre factam, *Nov. 117. c. 2.* unde *auth. quis C. de nat. lib.* ſed ea probatio potiùs eſt matrimonii, & præſumptio pro liberis, non quòd facti, ſed quòd nati ſint legitimi, quàm proprius modus legitimandi.

Qui dum naturalis] Objectum legitimationis ſunt liberi naturales: non omnes tamen, qui ita 1
appellantur, aut appellari poſſunt. Nam primùm huc non pertinent liberi ex juſto matrimonio nati, qui & ipſi nobis naturales ſunt, & ita appellari ſolent, quando adoptivis opponuntur, *pr. & §. ſed ſi 7. tit. ſeq. §. 2. inf. de hær. quæ ab int. l. ſi pater. 29. l. non poteſt. 31. de adopt.* Plerumque autem naturales liberi dicuntur, qui non ſunt nati ex legitimo matrimonio, *tot. tit. C. de nat. lib.* Cæterum nonnulla hic inter patrem & matrem differentia eſt. Matri omnes ſunt naturales, etiam ex illicitis & inceſtis nuptiis procreati, etiam vulgò

quæ-

quæſiti, qui & matri ſuccedunt ex S.C. Orfitiano, §.*pen.inf.de ſen.Orf.* Patri illi dumtaxat, qui ex concubina ſuſcepti, arg. *hujus* §. *DD. in l.pen.de concub. poſt.Gloſſ.ibid.* Quod autem iidem DD. requirunt, ut mulier ſpecie uxoris habeatur in domo, negantque in hoc argumento patri naturales eſſe, qui foris ſuſcepti ſunt, aut etiam domi ex famula, uſus non obſervat; adeòque apud nos meliore conditione non eſt concubina, quàm quævis alia quæ corporis ſui poteſtatem alicui facit, teſte *D. Grotio* 1. *manuduct.* 12. Igitur cui ex ſtupro, aut alia conjunctione, quam leges improbant, naſcuntur, patri hi naturales non ſunt, ſed ſimiles illis, quos mater vulgò concepit, quos conſtat non eſſe objectum legitimationis, cùm nec patrem demonſtrare poſſint, §. *præc.* Quamvis inſpecta rei veritate, omnes qui ex nobis nati ſunt, licèt vulgò quæſiti, nobis ſunt liberi naturales: atque in iis, in quibus jus naturale inſpicitur, ut in contrahendis nuptiis pro talibus habentur, *l.*12. §. 2. *hoc tit.* De natis ex contubernio ſervili nihil attinet dicere, cùm eorum nulla mentio fiat in hac materia. Melior tamen eorum conditio fuiſſe videtur, quàm natorum ex concubina: quia etiam jus ſuccedendi iis datum eſt unà cum liberis legitimis, *infr. de ſerv. cogn. in fin. pr.* Jure can. ut ſupra dictum eſt, etiam inter ſervos matrimonium eſt. Nobis ut ſervitus incognita, ita & ſervile conſortium. Objectum igitur legitimationis ſunt liberi ex concubina nati: quòd & legibus concubinatus permittitur, & ex eo nati certum patrem habent.

Poſtea curiæ datus] Primus legitimandi modus eſt oblatio curiæ. Curia in municipiis & coloniis idem erat, quod Romæ ſenatus, & decuriones, qui ſenatores; inde dicti, quòd ex iis, qui in coloniam deducebantur, decima pars conſilio publico ſive curiæ adſcribebantur, auctore Pompon. *l.pupillus* 239. §. *decuriones de verb. ſign.* In Impp. conſtitutionibus vulgò *curiales* appellantur. Cauſam hujus legitimationis impulſivam fuiſſe Hotom. ſcribit, inopiam decurionum, eaque onera, quæ huic ordini, alioquin honorifico, ſatis gravia incumbebant, quibuſque mancipabantur; ita ut nec ipſi, nec eorum liberi inde eximi potuerint, niſi certis modis, *vid.l.*3. *l.*4. *l.*9. *C. de natur.lib.* Naturalis quoque filia ſi curiali uxor à patre data eſſet, jus filiæfam. adipiſcebatur, *d.l.*3. De hoc legitimandi modo latiùs agit Ju-
2 ſtinianus *Nov.* 89. *cap.* 1. *& ſeqq.* nobis incognitus eſt; atque ab uſu eum receſſiſſe teſtantur *Mich. Graſſ.* §. *ſucceſſio quæſt.* 19. *num.* 19. *Gudelin.* 1. *de jur. nov.* 16. *in fin. D. Kinſchot. de reſcr. gr. tr.*6. *c. num.* 1. *Chriſtin. vol.* 3. *deciſ.* 145. *num.* 18.

Nec non is, qui ex muliere libera] Secundus legitimationis modus eſt, cùm pater concubinam, ex qua liberos naturales habet, uxorem ducit. Nuptiarum quidem per ſe hæc vis eſt, ut liberi ex iis nati legitimi ſint & in poteſtate patris: ſed ut ante nati nuptiis ſubſecutis legitimi fiant, extrinſecùs nuptiis accedit, & à beneficio legis eſt, cujus ſolius poteſtate legitimi cenſentur, vid. de hoc originis paternæ confirmandæ modo, *l.* 10. *C. de natur.lib.Nov.*89.*c.*8.

Cujus matrimonium minimè interdictum] Hoc ex eo neceſſariò efficitur, quòd concubina uxor ducenda eſt. Satis eſt autem, ut uxor eſſe poſſit, licèt ad tempus impediatur, veluti ſi præſes provincialem in concubinatu habuerint, & finita adminiſtratione provinciæ eam uxorem ducat, *l.ult. de concub.* Nepotem etiam per ſubſequens avi 3
matrimonium defuncto jam patre legitimũ avo fieri cenſent *Covar.de matrim.p.*2.*c.*8.§.2.*num.*22. *& ſeqq.Chaſſan.de conſuet. Burgund. tit. de ſucceſſ. rubr.*8.§.5.*num.*42. *& ſeq. Fachin.* 3. *contr.* 56. *D. Tulden.comm.hic c.*4. *& ad tit.C.de natur. lib. n.* 4. Quod ego non video, quomodò procedere poſſit. Nam aut nepos, & ipſe naturalis eſt, & legitimus effici non poteſt, ne patre quidem vivente, niſi patre ipſe ſuam concubinam uxorem duxerit: inauditum autem eſt, filium naturalem ſuccedere in locum patris ſui, & perinde legitimum fieri, avo concubinam, unde pater natus eſt, uxorem ducente, ut ipſe filius fieret, ſi viveret. Aut natus eſt nepos ex juſta filii uxore, & legitima planè perſona eſt, incognitaque jure noſtro legitimatio ejus, qui jam legitimus eſt, ad ſolum effectum ſuccedendi. Sed & filio defuncto ſublatum eſt medium, per quod matrimonii ab avo contracti effectus ad nepotem pertingat: falſum enim eſt, quod præſupponuntur legitimationis hujus hanc eſſe vim, ut retrotrahatur tempus nuptiarum ad tempus nativitatis. Nam ſi hoc verum eſſet, neceſſariò ſequeretur, filium ex concubina natum in jure primogenituræ præferri filio poſtea ſuſcepto ex legitima uxore, mortua ante nuptias cum concubina contractas, de quo *Tiraquel. de jur. primogen. quæſt.* 34. *Io. Chriſtin. diſſ.*3. *de matr. quæſt.* 23. item liberos etiam non conſentientes legitimos fieri, contra *Nov.*89.*c.*11. Nihil in contrarium facit, quòd quis nepotem adoptare poſſit, etiamſi filium non habeat, §. *licet.tit.ſeq.* Nam à diverſis nulla illatio eſt: & omninò matrimonium cum concubina non poteſt legitimare liberos, niſi ex ipſa concubina natos, quæ & communior ſententia eſt, *vid.Gail.*1. *obſ.* 141. *nu.* 9. *Val. Forſter tr. de ſucc. ab int. lib.* 1. *quæſt. quib. cæſ. hi eff. ceſſ. Bachov. in Treutl, vol.* 1. *diſp.* 2. *theſ.* 7.

Dotalibus inſtrumentis] Dotalia inſtrumenta 4
hic accipere debemus inſtrumenta quævis nuptialia, etiamſi de dote danda nihil in iis cautum ſit; alioqui ſequeretur, natos ex paupere concubina, qui dotem dare non poſſit, hoc modo legitimari non poſſe, quod perquam durum eſt. Et Juſtinianus *l.*10.*C. de natur. lib.* promiſcuè hiſce vocibus utitur: & alibi ſæpè hæc inſtrumenta nuptialia γαμικὰ συμβόλαια vocat dumtaxat, §. 2. *inf. de hæred. quæ ab int. Nov.*74.*pr.* Quòd autem in omnibus iis locis, in quibus de hac legitimatione agitur, horũ inſtrumentorum perpetuò meminit, ſatis firmum argumentum eſt, iis, nõ interve-

Digitized by Google

venientibus liberos ante natos non fieri legitimos. Verum quidem eſt, matrimonium ſolo conſenſu perfici: ſed hic non tam quæritur de matrimonio contrahendo, ejuſve contracti propria vi & poteſtate, quàm de effectu ſpeciali legitimationis, quem matrimonium non ex ſe, ſed legis auctoritate habet, quæ ſolemnitatem inſtrumentorum ad id deſiderat: haud dubiè, ut liquidò & perpetuò conſtare poſſit, non tantùm, an ea quæ concubina fuit, maritali poſtea affectu & pro uxore habita ſit: verùm etiam an liberi & quinam legitimati ſint, quod inſtrumento omninò inſerendum, cùm non alii, quàm qui volunt, legitimentur. *Nov.* 89. *c.* 11. Malè igitur argumentatur *Ant. Matth. Coll. Inſt.* 1. *diſp.* 1. *theſ.* 25. Jure autem Can. inſtrumenta nuptialia intervenire neceſſe non eſt, *c. tanta, x. qui fil. ſint legit.* ſicuti nec moribus noſtris, *D. Tulden. num. hic c.* 11. *Perez ad tit. C. de natur. lib. n.* 8. *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 31. *n.* 13. *& ſeqq.* quod tamen cùm dicimus, non excludimus publicas futurarum nuptiarum denuntiationes, quæ in Eccleſiis ex ſcripto re-
5 citandæ, *art.* 1. *ord. pol.* Matrimonium etiam in articulo mortis cum concubina contractum liberos ex ea ſuſceptos retrò legitimos facit, *Gal.* 1. *obſ.* 4. *n.* 8. *D. Tulden. ad tit. C. de natur. lib.* quod tamen apud nos non procedit ſine diſpenſatione. propter. *l. art.* 3. *ordin. pol.*

Quod & aliis liberis, qui poſtea] Vitioſa procul dubio hæc lectio eſt. Quis enim dubitet, eos liberos, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt, legitimos eſſe? Quamobrem cum Hotom. lego; *Quod etſi nulli alii liberi ex eodem matrimonio nati fuerint,* &c. de quo dubitari poterat propter conſtitutionem Juſtiniani in *l.* 10. *Cod. de nat. lib.* & dubitatum fuiſſe conſtat ex *l.* 11. *Cod. eod.* ubi hæc controverſia deciditur, *add. §.* 2. *inſ. de hær. quæ ab inteſt.*

Tertium genus legitimationis poſtea acceſſit, 6
nempe quæ fit per reſcriptum Principis. Per reſcriptum Principis legitimantur liberi naturales ad ſupplicationem patris qui legitimam prolem non habet, & concubinam uxorem vel non poteſt ducere, puta quia mortua ſit, aut ſe ſubducat, vel non honeſtè poteſt, ob vitæ ſcilicet turpitudinem, *auth. præterea, Cod. de natu. lib. Nov.* 74. *cap.* 2. *Nov.* 89. *cap.* 9. & 10. vel ad ſupplicationem filii, ſi pater cum hæredem inſtituit, vel teſtamento dixerit, deſiderare ſe, ut natalibus reſtituatur, *d. cap.* 10. Poteſt ſanè Princeps ex plenitudine poteſtatis filium naturalem legitimum facere, etiamſi pater legitimos liberos habeat, aut matrimonium cum matre iniri poſſit. Cæterum non intelligitur Princeps id velle facere, niſi reſcripto id nominatim comprehenſum fuerit, *Mynſ.* 1. *obſ.* 71. *Gail.* 2. *obſ.* 142. *num.* 8. *Perez ubi ſup. num.* 12. Planè non reſcinditur legitimatio ſemel conceſſa, quamvis poſtea ex juſto matrimonio ſoboles patri agnaſcatur, *D. Tulden. ubi ſup. num.* 5. Hæc legitimatio tantùm in bonis legitimantis tribuit legitimato, quantum liberis legitimis jus naturæ, *dec. ſup. Cur. Holl.* 10. Cognatos autem non tangere, exceptis iis, qui in eam conſentiunt; neque ad feuda pertinere, niſi id quoque nominatim cautum ſit, notat *D. Grot.* 1. *manud.* 12. *add. Mynſ.* 5. *obſ.* 42. *D. Kinſchot. d. tract.* 6. *cap.* 5. *num.* 2. Paulò pleniùs de hac ſpecie legitimationis, deque clauſulis, quæ reſcriptis inſeri non ſolent, tractat *D. Gudelin. de jur. noviſſ. lib.* 1. *cap.* 15. *add. D. Chriſt. vol.* 1. *deciſ.* 199. *num.* 18. *& volum.* 3. *deciſ.* 145. *D. And. Gail. d. obſer.* 142.

TITULUS UNDECIMUS.
DE ADOPTIONIBUS.
D. Lib. 1. *Tit.* 7. *C. Lib.* 8. *Tit.* 48.

1 *Continuatio, & ſumma tituli, tum quid ſit adoptio, & quàm antiqua ejus origo.*
2 *Hodie adoptionem ab uſu receſſiſſe: ſed in Germania aliiſque nonnullis provinciis receptam unionem prolium, adoptionis quoddam ſimulacrum.*

EXpoſiti ſunt in ſuperiore titulo duo priores modi conſtituendæ patriæ poteſtatis, nuptiæ & legitimatio. ſequitur nunc tertius, adoptio. Adoptio eſt actus legitimus, quo in jus & locum filiorumfamil. adſciſcimus, qui nobis extranei ſunt, in ſolatium eorum qui liberos non habent, *πρὸς τὴν παραμυθίαν ἀπαίδων*, inventus. Græcis vocabulo ſignificantiore dicitur υἱοθεσία. Genus eſt actus legitimus, ſive legis actio, *l.* 3. *l.* 3. *hoc tit. l.* 1. *C. eod.* quæ quid ſit, dicimus inferiùs §. 1. *hujus tit.* Sequentia differentiam continet, qua hic actus à reliquis legis actionibus diſcernitur, quales ſunt emancipatio, manumiſſio, & ſi quæ ſunt ſimiles. Poſtrema verba finem indicant, quem etiam Theophilus expreſſit, & indicat Ulpian. *l.* 15. §. 2. *hoc tit.* itemque Cicero *orat. pro dom. ſua.* Tria autem ferè ſunt, quæ hoc tit. tractantur. Primum dividitur adoptio in duas ſpecies, quæ ſuis definitionibus explicantur; tum docetur qui adoptare adoptarive poſſint: poſtremò, quæ ſit vis utriuſque adoptionis, oſtenditur. Origo adoptionis antiquiſſima eſt. Non enim Romani ſolùm, verùm etiam Græci in ſolatium orbitatis filios ſibi adſciſcere ſolebant, ut ex Æginetico Iſocratis, & Plutarcho *in Theſeo* liquet. Apud Hebræos quoque & Aſſyrios atque Ægyptios in uſu fuiſſe adoptionem, teſtes ſunt *Joſeph.* 1. *antiq.* 13. *Beroſ. lib.* 5. *deſloras. Diod. Siculus* 4. *Biblioth.* Moſes à filia

Digitized by Google

lia Pharaonis adoptatus traditur *Exod. cap.* 2. Nec Franci olim, nec Longobardi uſum adoptionis ignotarunt, ut ex Paulo Diacono & Trithemio obſervavit Gregor. Tholoſanus *lib.* 10, *ſyntagm. cap.* 6. Cæterum hodie in hiſce regionibus jure veteri adoptionis non utimur: nam adſciti à nobis non pro liberis, ſed pro alumnis ſunt, hoc eſt, eo loco, quo ſunt liberi alieni, quos in noſtros enutrimus: quos quidem nihil prohibet etiam hæredes inſtituere, ut quemlibet extraneum; liberorum autem jure non cenſentur, nec agnationis. Apparet hoc ex effectis: nam & nuptiæ inter has perſonas conſiſtunt, ſicut cum alumna jure civili, *leg. ſi quis* 26. *Cod. de nupt.* quo tamen jure neque filia patri adoptivo, neque ſoror adoptiva fratri, qui in ejuſdem patris poteſtate ſit, nubere poteſt, §. 1. *&* 2. *tit. præced.* & neceſſe non eſt eas hæredes inſtituere aut exhæredare, ut jure Romano liberos adoptivos, §. *adoptivi*, *infr. de exhær. lib.* nec ad ſucceſſionem ab inteſtato vocantur, vel ut liberi, vel ut agnati, aut cognati. De moribus harum regionum teſtantur *Grot.* 1. *manud.* 6. *Gudelin.* 1. *de jur. nov.* 15. *Chriſtin. vol. deciſ.* 185. De conſuetudine Galliæ *Manſuer. de probat. num.* 34. *Tiraq. tract. de retract. gloſ.* 8. §. 1. ubi tradit nec jus gentilitii retractus adoptatis competere, *Gregor. Tholoſ. ubi ſup.* Fallitur ergo D. Eguin Baro, dum ea, quæ de adoptionibus jure Romano conſtituta ſunt, adhuc valere debere; ideò contendit, quòd nihil de iis comprehenſum ſit legibus Gallorum propriis, conſtetque inter pragmaticos, quòd juri proprio definitum non eſt, jure communi, hoc eſt, Romanorum dirimi, quo etiam conſtitutiones Principum nos identidem remittant. Etenim non minùs de eo inter omnes pragmaticos convenit, ſi quando Principes jubent jus Roman. ſequi, ubi propriæ leges deficiunt, id ita accipiendum eſſe, ut locum dumtaxat habeat, ſi jus Romanum generali & manifeſta deſuetudine abrogatum non ſit. Nam neque de ſervis quicquam cautum propriis pleraſumque regionum legibus reperimus: an ergo idcircò dicemus ſervitutem ibi tacitè approbatam cenſeri? Quod ideò monere viſum eſt, ne quis in hujuſmodi controverſiis hoc argumento ſibi imponi patiatur. In Germania paſſim, & nonnullis aliis provinciis conſuetudine recepta eſt imago quædam adoptionis, conjunctio ſive unio prolium, quas conjuges ex diverſis matrimoniis ſuſceperunt. In hoc contractu & magiſtratus auctoritas intervenire debet, & exacta cognitio adhiberi præſentibus & conſentientibus conſanguineis, tutoribus & curatoribus, qui provideant, ne res ad concordiæ vinculum comparata diſcordiam inter liberos excitet in nimia facultatum inæqualitate, *D. Andreas Gail.* 1. *obſ.* 125.

TEXTUS.

Continuatio.

Non ſolùm autem naturales liberi ſecundùm ea, quæ diximus, in poteſtate noſtra ſunt, verùm etiam ii, quos adoptamus.

NOTÆ.

Naturales liberi] Id eſt, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt: ea enim perpetua eſt naturalium liberorum ſignificatio, cùm opponuntur adoptivis, §. 7. *inf. eodem*, §. 4. *inf. de exhær. liber.* §. 2. *inf. de inoff. teſtam. l.* 31. *D. hoc tit. l.* 2. §. 6. *D. ad Se. Tertyll.* at cùm opponuntur legitimis in genere, tum ſignificantur liberi illegitimi, ut *tot. tit. C. de nat. lib. &* §. *ult. ſup. cit.*

Quos adoptamus] *leg.* 1. *D. hoc tit. Vlpian. tit.* 8. Eſt autem adoptio actus legitimus, *leg.* 77. *de regul. juris*, quo in locum filii adſciſcimus eum, qui nobis extraneus eſt, ad eorum, qui liberos non habent, ſolatium inventus. Theoph. Græcis verbo ſignificatione dicitur υἱοθεσία. Origo ejus antiquiſſima. Vid. Gregor. Tholoſ. 10. *ſyntagm. cap.* 6.

COMMENTARIUS.

Filiosfamil. non ſolùm natura, verùm etiam adoptiones faciunt, *l.* 1. *hoc tit.* Per naturales liberos hoc loco intelligi oportet eos, qui ſunt ex juſtis nuptiis procreati: ea enim perpetua eſt naturalium liberorum ſignificatio, cùm opponuntur adoptivis, utpotè legitimis tantùm, & diverſæ ejuſdem generis ſpeciei, §. *ſed ſi* 7. *infr. eodem*, §. *adoptivi* 4. *inf. de exhæred. liber.* §. 2. *infr. de inofic. teſtam. l. non poteſt* 31. *hoc tit. l.* 2. §. *liberi* 6. *ad Senatuſc. Tert.* Ac cùm naturales opponuntur legitimis in genere, qui legitimi non ſunt, ſignificātur, & naturales dumtaxat, §. *ult. tit. ſuperioris*, *tot. tit. C. de natur. lib.* quod & in voce parētis aut patris naturalis ſimiliter obſervandum.

TEXTUS.

Diviſio adoptionis.

1. *Adoptio autem duobus modis fit: aut Principali reſcripto, aut imperio magiſtratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis poteſt eos, eaſve, qui, quæve ſui juris ſunt, quæ ſpecies adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magiſtratus adoptamus eos, eaſve, qui, quæve in poteſtate parentum ſunt; ſive primum gradum liberorum obtineant, qualis eſt nepos, neptis, pronepos, proneptis.*

NOTÆ.

1. *Duobus modis* Ex Cajo *leg.* 2. *D. hoc tit.*

Principali reſcripto] Hoc ſtante republica auctore populo fiebat comitiis curiatis. Gell. *lib.* 5. *c.* 19. Gruch. 3. *de comit. Rom.* 3.

Dicitur adrogatio] Inde nimirum, quia & is, qui adoptat, rogatur, an velit eum, quem adoptaturus ſit, juſtum ſibi filium eſſe; & is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur, *d. leg.2.hoc tit.*

Imperio magiſtratus] Apud quem eſt legis actio, *leg.4.eod.leg. 1. Cod. eod.leg.3. D. de officio proconſ.* Hæc ſpecies generis nomen retinet, ut ſæpè aliàs, cùm proprium nomen deeſt. Beotius ad *topic. Cic. lib. 2. Fit verò id ſæpè, ut ſpecies iiſdem nominibus nuncupentur, quibus & genera.*

COMMENTARIUS.

1 *Adrogationes olim non niſi auctore populo comitiis curiatis fieri ſolitas: & ideò mutato ſtatu reip. Principis auctoritatem in hoc actu neceſſariam fuiſſe.*

2 *Adoptio in ſpecie apud quos quo ritu olim fieret, & quomodò nunc fiat.*

DUæ ſunt ſpecies adoptionis, quarum altera adrogatio dicitur, altera quia proprio caret generis nomine, adoptio appellatur, quod in jure noſtro frequenter uſu venit. Nam cùm plura ſint negotia, quàm vocabula, *leg.4. de præſcr. verb.* ſæpè fit, ut verba, quæ vi ſua generalem ſignificationem habent, ex inſtituto loquentis certam ſpeciem indicent, eam nimirum, quæ proprio nomine deſtituitur, & cui ferè cum ſpecie ejuſdem generis, quæ proprium nomen habet, opponi aut apponi ſolet, ut obſervare licet in vocibus cognationis, ſervitutis contractus, actionis, & ſexcentis aliis. Adrogatio eſt adoptio eorum qui ſunt ſui juris, facta auctoritate Principis. Duo igitur ſunt hujus adoptionis propria; primùm quòd eorum tantùm eſt, qui ſui ſunt juris; alterum, quòd fieri debet auctoritate Principis. Cur verò Principis auctoritas in hoc actu neceſſaria? Nimirum quia antea populi fuit. Nam jure à majoribus prodito, nemo qui ſui juris erat, in alienam poteſtatem tranſire poterat, niſi populus auctor fieret. Comitia præbebantur curiata: arbitri erant Pontifices: formula hæc; *Velitis, jubeatis, Quirites, uti L. Valerius L.Titio tam jure legeque filius ſiet, quàm ſi ex eo patre matreque familias ejus natus eſſet: utique ei vitæ neciſque in eo poteſtas ſiet, uti patriendo filio eſt. Gell. 5.cap.19. Gruch. 3. de comit. Rom. 3.* Porrò rogabatur & qui adoptabat, & qui adoptabatur, ille, an vellet eum, quem adoptaret, ſibi juſtum filium eſſe; hic, an id fieri pateretur: unde & adrogationem dictam eſſe ſcribit Cajus. *l. 2. hoc tit.* Et haud dubiè inde eſt, quòd adrogari non potuit, niſi jam veſticeps: nam impubes, quem inveſtem dicebant, auctor in eam rem propter ætatem fieri non poterat, neque tutoribus tanta erat poteſtas, ut caput liberum fidei ſuæ commiſſum alienæ ditioni ſubjicerent. Et quia cum fœminis nulla comitiorum communio erat, nec mulier derogari poterat, *Gell. d. loc.Cic.pro dom.* Hæc, inquam, ſtante adhuc repub. Cujus ſtatu mutato, quod jus populi fuit, Principes uſurparunt, ex quorum reſcriptis & fœminæ & impuberes etiam adrogari cœperunt, *l. nec ei 17. cùm ſeqq.hoc tit.Ulp. tit. 8. §. 4.* Adoptio in ſpecie eorum eſt, qui ſunt in poteſtate, fitque auctore patre, qui in poteſtate habet: apud magiſtratum, apud quem eſt legis actio, *l. 4. hoc tit. l. 1. C. eod. l. 3. de off. proconſ.* Legis actio eſt id, quod fit ex præſcripto & forma legis cum ſolemnibus ad rem aliquam peragendam conſtitutis: quibus ſolemnibus peragendis ſi lex magiſtratum deſignaret, penes eum dicebatur eſſe legis actio. Cæterum etiam apud Principem rectè lege agi oſtendit *l. ult. C. de his qui à non dom. man.* & quemadmodum hujuſmodi actus, cùm ſint voluntariæ juriſdictionis, quivis alius magiſtratus apud ſe expedire poteſt, *l 4. hoc tit. l. 2. de off. præs.* ita & Princeps tãquam ſummus magiſtratus. Quò pertinet, quod de Auguſto refert Svetonius; *Cajum & Lucium*, inquit, *adoptavit domi per aſſem & libram emptos à patre Agrippa.* De hac ſpecie adoptionis ita ſcribit *Gell. de loc. Adoptantur, cùm à parente, in cujus poteſtate ſunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo, qui adoptat, apud quem legis actio eſt, vindicantur.* Interveniebant tres mancipationes, ſed duæ tantùm manumiſſiones, *l. ultim. Cod. hoc tit.* Nam ſi filius ter venditus, tertiò quoque manumiſſus fuiſſet, ut in liberorum emancipatione ſui juris tertia manumiſſione factus eſſet. Itaque tertiò ita vendebatur ac mancipabatur adoptatori, ut ei in jure cederetur, iſque illum tamquam filium ſuum aſſereret, & jure Quiritium, ad inſtar quodammodò ſervi, vindicaret: quod jus patrem ex lege Quiritium habuiſſe teſtatur *Ulpian. l.1.§.2.de rei vend.* Cæterum tres hæ mancipationes & duæ manumiſſiones in filiorum dumtaxat adoptionibus neceſſariæ erant; filiæ autem & cæteri liberi una tantùm mancipatione è poteſtate patris ſui exibant, & poteſtati patris adoptivi ſubjiciebantur, *d. l. ult. Cod. hoc tit.* Quæ omnia procedente tempore, per imaginariam emancipationis ſolemnitatem expediri cœperunt, *§.6. tit. ſeq.* quæ & ipſa poſtea à Juſtiniano ſublata, conſtitutumque, ut pater, qui liberos ſuos in adoptionem dare deſiderat, hoc ipſum actis intervenientibus ſolummodò apud competentem judicem manifeſtet, præſente eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo præſente, qui adoptat, *d. l.ult.& §.ante pen.inſ. eod.* De mancipationis ſolemnibus ſtudioſi antiquitatis conſulant *Boet. in Top. Cic. Ravard. cap. 16. ad leg.12.Tab.Briſſon.lib.1.antiq.cap.7.de legis actionibus, & lib.4.antiq. cap. 20.* 2

TEXTUS.

Qui poſſunt adoptare filiumfamilias, vel non.

2. *Sed hodie ex noſtra conſtitutione, cùm filiusfamilias à patre naturali extraneæ perſonæ*

Digitized by Google

ſone in adoptionem datur, jura patris naturalis minimè diſſolvuntur; nec quicquam ad patrem adoptivum tranſit, nec in poteſtate ejus eſt: licèt ab inteſtato jura ſucceſſionis ei à nobis tributa ſint. Si verò pater naturalis non extraneo, ſed avo filii ſui materno, vel ſi ipſe Pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo vel proavo ſimili modò paterno vel materno filium ſuum dederit in adoptionem, in hoc caſu quia concurrunt in unam perſonam & naturalia & adoptionis jura, manet ſtabile jus patris adoptivi & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis modo conſtitutum, ut & in familia & in poteſtate hujuſmodi patris adoptivi ſit.

NOTÆ.

2. *Noſtra conſtitutione*] Extat in *l. pen. C. hoc tit.*

Extraneæ perſonæ] ἐξωτικῷ τινὶ, Theophil. Extraneam perſonam hic vocat omnem eum, qui extra lineam parentum ſit. Pac.

Nec quicquam tranſit] Juris ſcilicet aut poteſtatis patriæ, filium enim tantùm ex lege Juſtiniani hæc adoptio facit, non filiumfam.

Licèt ab inteſtato] Hoc ſpecialiter ei tribuitur. Poteſt autem impunè præteriri, *d. l. pen. §. 1. §. 14. inf. de hær. quæ ab inteſt.*

Etiam avo vel proavo ſimili modo paterno vel materno] In aliis ſic, *etiam avo paterno, vel proavo ſimili modo paterno vel materno*, quam lectionem flagitat manifeſta ratio juris, & ita in *d. l. pen.*

Legitimo adoptionis modo conſtitutum] In d. l. pen. *legitimo adoptionis modo conſtrictum.*

COMMENTARIUS.

OLim quavis adoptione jus patris naturalis extinguebatur, iſque, qui in adoptionem etiam extraneæ perſonæ dabatur, in patris adoptivi familiam & poteſtatem tranſibat. Ex quo jure cùm non levia incommoda conſequi Juſtiniano viderentur, propterea quòd fieri poterat, ut filius & patris naturalis ſucceſſionem amitteret propter adoptionem, & patris quoque adoptivi, adoptione per emancipationem ſoluta, §. *ſed ea omnia 14. inf. de hær. quæ ab inteſt. l. pen. Cod. hoc tit.* (ego unum tantùm caſum invenio, nimirum filius poſt mortem patris naturalis emancipatus eſſet, §. *hi. 10. inf. d. tit.*) His incommodis ſic occurri poſſe credidit; ſi jura patris naturalis integra ſervarentur, quando filius extraneæ perſonæ in adoptionem daretur, quod & effecit conſtitutione ſua, *d. l. pen.* Extraneam autem perſonam intelligit omnem, quæ extra lineam parentum ſit: unde qui à patruo aut avunculo adoptati ſunt, perindè haberi debent, e ſſent ſi à quovis extraneo adoptati forent.

Licèt ab inteſtato jure ſucceſſ.] Hoc ei à Juſtiniano ſpecialiter tribuitur. Cæterum impunè à patre hujuſmodi adoptivo præteriri poteſt, alio hærede inſtituto, *d. l. pen. §. ſed ne, d. §. ſed ea omnia, inf. de hær. quæ ab inteſt.*

Etiam avo vel proavo ſimili modo paterno vel materno] Legendum: *Etiam avo paterno, vel proavo ſimili modo paterno vel materno*, non tam quia ita legitur in *d. l. pen.* unde hæc tranſumpta ſunt, quàm quòd hanc lectionem flagitat manifeſta ratio juris.

Legitimo adoptionis modo conſtitutum] In *d. l. pen.* legitur: *legitimo adoptionis modo conſtrictum.* Notant hic interpp. duo vincula fortiùs ligare, quàm unum. Sed aliud ſignificare voluit Juſtinianus, nempè concurrente hujuſmodi naturali vinculo cùm civili adoptionis, ceſſare metum ſuperioris incommodi.

TEXTUS.

De adrogatione Impuberis.

3. *Quum autem impubes per principale reſcriptum adrogatur, cauſa cognita adrogatio fieri permittitur: & exquiritur cauſa adrogationis, an honeſta ſit, expedietque pupillo, & cum quibuſdam conditionibus adrogatio fit; id eſt; ut caveat adrogator perſonæ publicæ, ſi intra pubertatem pupillus deceſſerit, reſtituturum ſe bona illis, qui ſi adoptio facta non eſſet, ad ſucceſſionem jus venturi eſſent. Item non aliter emancipare eum poteſt adrogator, niſi, cauſa cognita, dignus emancipatione fuerit: & tunc ſua bona ei reddat. Sed & ſi decedens pater eum exhæredaverit, vel vivus ſine juſta cauſa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum ſuorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum tranſtulit, & quorum commodum ei poſtea acquiſivit,*

NOTÆ.

3. *Impubes*] Impuberes olim adrogari non potuerunt. Gell. *ubi ſup.* nunc autem poſſunt ex conſtitutione D. Antonini. Ulp. *tit. 8. §. 4.*

Cauſa cognita] Cauſæ cognitio olim à collegio Pontificum. Cic. *pro dom.* hodie à magiſtratu exercetur, adhibito conſilio propinquorum & tutoris auctoritate, *l. 2. C. eod. l. ult. C. de auct. præſt.* in arrogatione puberum, etiam curatori, *l. 8. D. hoc tit.* quibus in rebus verſetur, docet Ulp. *l. 15. §. pen. & ult. l. 17. per tot. eod.*

Ut caveat adrogator] Satiſdato ſcilicet, id eſt, datis fidejuſſoribus: cautio enim hæc non nuda eſt, ſed fidejuſſoria, *l. 18. cum 2. ſeqq. eod. l. 2. C. eod.*

Perſonæ publicæ] Manuſcripti, teſtibus Cujac. Hot. Pac. *Perſonæ publicæ, id eſt, tabulario,*

Theo-

Digitized by Google

Theophil. *ὡς δημοσίῳ οἰκέτῃ ἀσφαλίζεται τῷ ταβουλαρίῳ*. Tabulario autem, non agnatis: quoniam certum eſt, quis tempore mortis populi proximior futurus ſit, eique ab inteſtato ſucceſſurus. Schol. Theophili.

Ad ſucceſſionem ejus venturi] Pars hæc cautionis in *d. l.* 18. ita concepta eſt, *ad quos ea res perventura eſt*, & in *l.* 19. *ſeq. ad quos ea res pertinet*, quod & ibid. explicatur.

Dignus emancipatione] Et hoc caſu quartam, de qua mox, perdit, *l. ult. D. ſi quid in fraud. patron.*

Et tunc ſua bona] Abuſivè, ut ſæpè alibi, *pro bona ejus*, impuberis ſcil. adrogati. Pac.

Quartam partem] Ex conſtitutione D. Pii, *l.* 8. §. 15. *D. de inoff. teſt. l.* 1. §. 21. *D. de collat. d. l. ult. ſi quid in fraud. patron.* Eſt autem hæc ſecundùm Gloſſ. & DD. non omnium bonorum adrogatoris quarta, ſed debitæ ab inteſtato portionis, arg. *l.* 8. §. 8. *de inoff. teſt.* quòd & Græcos ſenſiſſe argumento eſt, quòd quadrantem in trientem mutaverunt ex novo jure. Fabrot.

Relinquere] Rectè *relinquere*, ut intelligamus non priùs eam deberi, quàm adrogator deceſſerit, *d. l.* 1. §. 21. *de collat.*

COMMENTARIUS.

1 *In adrogatione impuberum quæ cognoſcenda & excutienda.*

2 *Quid cui caveat adrogator, tum ad quos ea res pertineat.*

3 *Utrùm quarta, quæ vulgò D. Pii, ſit quarta pars totorum bonorum adrogatoris, an portionis ab inteſtato impuberi debitæ: & ſi hoc, num etiam illa aucta cenſeri debeat.*

IMpuberes antea adrogari non potuerunt, ut ſuprà indicavimus; nunc autem poſſunt ex conſtitutione D. Antonini, auctore Ulpian. *in fragm. titul.* 8. ſed non aliter, quàm cauſa apud magiſtratum cognita, *l. ſi paterfam.* 15. §. 2. *hoc tit. l.* 2. *C. eod.*
1 Cauſæ cognitio in multis verſitur. Primùm excutiendum, quæ ſint facultatès pupilli, quæ ejus, qui eum adoptare volet: deinde cujus vitæ ſit & quibus moribus adrogator: tertiò cujus ætatis; an non melius ſit, eum de liberis procreandis cogitare, quàm ex aliena familia ſibi filium accerſere; adhæc num liberos habeat juſtis nuptiis procreatos, quorū ſpem ſine magna cauſa diminui non oportet; poſtremò etiam conjunctio ſpectatur, nec facilè cuiquam pupillum adrogare permittitur, niſi quem vel naturali cognatione, vel alioqui ſanctiſſima affectione duci appareat, *d. l.* 15. §. 2. *l.* 17. *eod.* Pleraque tamen hæc capita communia videntur fuiſſe cum puberum adrogationibus, ut illa de ætate, liberis, moribus & facultatibus adrogatoris. Certè olim apud Pontifices hæc etiam in adrogationibus excuſſa fuiſſe arguit locus Ciceronis in *oration. pro dom. Quid*, inquit, *eſt jus adoptionis, Pontifices? nempe ut is adoptet, qui nec jam procreare liberos poſſit, & cùm poſſet, ſit expertus, tum ne qua calumnia, fraus aut dolus adhibeatur.* Cauſa autem nunc cognoſcitur à magiſtratu, adhibito cōſenſu propinquorū pupilli, *l.* 2. *C. eod.* & tutorum quoque auctoritate, *l. ult. C. de eod. præſt.* In minorum quoque adrogatione poſt conſtitutionem Claudii curatoris auctoritas intercedere debet, *l.* 8. *eod.*

Ut caveat adrogator perſonæ publicæ] Hoc propriè ſervatur in adrogatione impuberis. Caveat, nimirum ſatiſdato, id eſt, fidejuſſoribus datis, *l. non aliter* 18. *cum* 2. *ſeqq. eod.* Caveat autem non 2
ipſis, ad quos ea res perventura eſt, ſive quòd incerti ſint, ſive quòd non omnes ſunt iis, qui ſibi ſtipulari poſſint: ſed perſonæ publicæ, hoc eſt, tabulario ſive ſcribæ curiarum aut magiſtratuum municipalium, qui aliis ſtipulando acquirere poteſt. Servos olim publicos fuiſſe, conſtat *d. l.* 18. *l.* 2. *rem pup. ſolu. for. l. ult. C. de ſerv. reip. man.* Primi Arcadius & Honorius caverunt, ne ſervi tabulario præficiantur, *l.* 3. *C. de tabul. lib.* 10. *ubi Cujac.* Sed etſi omiſſa fuerit ſatiſdatio, utile nihilominùs actionem in adrogatorem dari, reſponſum eſt *l.* 19. §. 1. *hoc tit.*

Ad ſucceſſionem ejus venturi eſſent] Pars hæc cautionis in *d. l.* 18. ita concepta eſt, *ad quos ea res perventura eſt*, & in *l.* 19. *ſeqq. ad quos ea res pertinet*, quibus verbis ſignificantur non ii tantùm, qui ad ſucceſſionem impuberis venturi ſunt quales ſunt hæredes impuberis, ſive illi ab inteſtato veniant, ſive ſecundis tabulis à patre pupillo dati: ſed etiam legatarii & ſervi, quibus ſecundis tabulis legata aut libertates datæ: in ſumma omnes, ad quos aliquid perventurum fuiſſet, ſi adrogatus manſiſſet in ſuo ſtatu, *dd. ll.* Habet autem hæc cautio locum, ſi adrogatus impubes deceſſerit, *l. hoc autem* 20. *eod.* adveniente verò pubertate evaneſcit, perindèque habetur, ac ſi jam pubes adrogatus eſſet; quo caſu cautio non eſt neceſſaria, cùm quivis pubes ſui adhuc juris ipſe teſtamentum facere cognatoſque excludere poſſit, *l.* 5. *qui teſt. fac.*

Dignus emancipatione] Puta ſi quid commiſſerit adversùs patrem adoptivum, propter quod meritò è domo ejici aut exhæredari poſſet. At quæ cauſa eſt, quòd nihilominùs tam impio filio bona ſua reſtituuntur? Hotomannus exiſtimat id conſtitutum eſſe ad vitandam omnem improbitatis ſuſpicionem, qua alioqui pater adoptivus facilè onerari poſſet.

Decedens exhæredaverit] Intelligerem, ſine juſta cauſa: nam ſi juſta exhæredationis cauſa ſit, non video, cur præter bona ſua aliquid recipere debeat, aut plus, quàm cùm ex juſta cauſa emancipatur. Sed obſtare videtur reſponſum *Ulpian. in l.* 8. §. *ſi quis* 15. *de inoff. teſt.* & objici poteſt, quòd cùm juſtam cauſam haberet adrogator, eum vivus non emancipaverit.

Quartam partem] Hæc quarta vulgò D. Pii appellatur; eamq; interpretes arbitrantur non eſſe 3
quartam omnium bonorum adrogatoris, ſed tantùm portionis ab inteſtato impuberi debitæ, nimirum eam ipſam, ejuſdemque quantitatis, quæ

debe-

Digitized by Google

debetur aliis liberis, *arg. d.l.8.§. quoniam, 8. de inoff. teſt.* Et certè nulla dari ratio poteſt, quamobrem D. Pius meliorem eſſe conditionem voluerit adoptivorum, quàm naturalem, aut emancipati exhæredativè, quàm ejus, qui ſine nota in familia manſit, & hæredis, quem videlicet pater vel inſtituit, vel ab inteſtato hæredem reliquit datis fideicommiſſis, cui præter quartam partem debitæ ab inteſtato portionis nihil deberi in confeſſo eſt. Plerique tamen recentiorum ſecus ſentiunt, propterea quòd textus ſimpliciter loquuntur de quarta bonorum, *l. ultim. ſi quid in fraud. patro. l.2. C. hoc tit.* Sed reſponderi poteſt, etiam quartam portionis ab inteſtato debitæ ἀναλόγως quartam bonorum dici poſſe, ſicut legitima liberorum, quæ & ipſa quarta pars illius portionis eſt, quarta bonorum dicitur, *l.6. C. de inoff. teſt.* vel potiùs quia ferè unus tantùm adrogari ſolet, & nemo adrogare, niſi qui liberos non habeat, *l. 15. in fin. l. nec ei 17. §. pen. hoc tit.* De illo non convenit inter interpretes, qui quartam hanc faciunt partem portionis ab inteſtato debitæ, an hæc quarta etiam aucta ſit, *Nov.* 18. Negat Mynſing. ſed argumentis parum ſolidis. Ait, quartam eorum dũtaxat *d. Nov.* auctam diei, quibus antea querela inofficioſi teſtamenti competebat; adrogato autem non competiiſſe, *d. l.8. §. ſi quis* 15. In quo fallitur. Nam certè ante D. Pii conſtitutionem non minùs adrogato impuberi, quàm cæteris querela competit: Divus autem Pius non minuit jus adrogati; ſed auxit, ut ei querela jam non ſit neceſſaria, ſed proprio & meliori jure quartam ſibi debitam obtinere poſſit: *d. l. 8. §. ſi quis* 15. Hoc & Græcos ſenſiſſe, argumento eſt, quod illi τὸ τέταρτον μέρος, quod Theophilus, aut paraphraſtes, hìc retinuit, ex novo jure mutaverũt τὸ τρίτον. *Mich. Pſell. Synop.* Quod adjicit Mynſing. in correctoriis nullam extenſionem admittendam eſſe, quamvis par ratio ſubſit, aut etiam major: verum non eſt, præterquàm in iis conſtitutionibus, quæ à ratione juris & æquitatis recedunt: qua de re, qui volet, conſulat *D. Præſ. Everch. in topic. loc. 7. 79.* Itaque verior mihi videtur eorum ſententia, qui hanc etiam quartam auctam eſſe cenſent, ne pupillo noceat, quod in favorem & commodum ejus conſtitutum eſt, *D. Bachov. poſt Porc. & alios hic.*

Textus.

De ætate adoptantis & adoptati.

4. *Minorem natu, majorem non poſſe adoptare, placet: adoptio enim naturam imitatur, & pro monſtro eſt, ut major ſit filius, quàm pater. Debet itaque is, qui ſibi filium per adoptionem aut adrogationem facit, plena pubertate, id eſt, decem & octo annis præcedere.*

Notæ.

4. *Minorem natu*] Ex *l.15. §. ult. cum l. ſeq. l.40. § 1. D. eod.*

Naturam imitatur] Adoptio eſt æmula naturæ, ſive naturæ imago, *l. 23. D de lib. & poſth.* Auſon. *in Caeſ. imitatur adoptio prolem.*

Ut major ſit filius] Cic. *pro dom. ſua, Factus es,* inquit, *ejus filius contra fas, cujus per ætatem pater eſſe potuiſti,* & ſimilia mox ſequuntur, add. Sveton. *in Tib. c. 2.*

Plena pubertate, id eſt, decem & octo annis] Pubertatis quidem initium eſt ann. XIV. maturitas anno XVIII. *l.40. §.1. hoc tit.* Paul. 3. *ſent.* 4. atque hac ætate pubeſcunt etiam οἱ βραδέως ἡβῶντες. Theoph. In ſpecie *l.14. pr. D. de alim. leg.* favor eſt alimentorum.

Commentarius.

Adoptio naturæ imago & ſimilitudo quædam eſt, *l. filio 23. de lib. & poſt.* unde cùm alia multa, tum hoc quoque provenit, quòd majorem natu minor adoptare non poſſit, cùm per naturam filius non poſſit eſſe major patre. Qua de cauſa Clodii adoptionem jure exagitat *Cic. pro dom. Factus es,* inquit, *filius ejus* (Fonteji) *contra fas, cujus per ætatem pater eſſe potuiſti,* & ſimilia mox ſequuntur.

Plena pubertate, id eſt, decem & octo annis] *l. adrogato 40. §. 1. hoc titulo.* Cur autem octodecim annis? Nam ſi nuptiæ poſt annum decimum quartum contrahi poſſunt, poteſt & quis filium habere ante hanc ætatem. Sed nimirum quia rariſſimè accidit, ut maſculi ante annum octavumdecimum ad plenam pubertatem perveniant, & liberos ſuſcipiant, minor ætas in adoptione inſuper habita eſt, juxta *l 3. 4. & 5. de legib.* Mynſingeri ratio nulla eſt, id ideò placere, quia in adoptionibus, in quibus res per electionem agitur, firmitate opus ſit judicii, quaſi non niſi anniculi aut bimuli adoptarentur. Nimirum etſi pubertatis initium eſt ann 14. *inſ quib. mod. tut. fin.* maturitas tamen demum anno 18. *l. adrogato 40. §. 1. hoc tit. Paul. 3. ſen. 4.* atque hac ætate pubeſcunt etiam οἱ βραδέως ἡβῶντες. Theoph. In ſpecie *l. 14. pr. de alim. leg.* eſt favor alimentorum.

Textus.

De adoptione in locum nepotis, vel neptis, vel deinceps.

5. *Licet autem & in locum nepotis, vel neptis, pronepotis, vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.*

Notæ.

5. *In locum nepotis*) Ex Paulo *l.37. hoc tit.* Ulp. *tit. 8. §. 6.*

Quamvis filium non habeat) Sufficit enim habere filium poſſe, & per ætatem ex eo nepotem: non enim actus, ſed naturalis poteſtas inſpicitur.

Com-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

QUamvis filium quis non habeat] *l. adoptare 37. l. adoptiones 43. hoc titulo.* Dixeris, hoc pugnare cum eo, quod ante dictum eſt, adoptionem imitari naturam: Natura enim fieri non poſſe, ut quis nepotem habeat, qui filium non habet. At, inquam, ſufficit habere poſſe; hoc eſt, ejus me ætatis eſſe, ut & filium & ex filio nepotem ea ætate habere potuerim, qua eſt is, quem filium adoptare volo. Nam & qui uxorem non habet, filium adoptare poteſt, quamvis ſine uxore pater eſſe non poſſit, *l. & qui 30. eod.* Duplex igitur hìc fictio eſt. De duplici fictione circa idem vid. *Vand. 2. quæſt. 4.*

TEXTUS.

De adoptione filii alieni in locum nepotis, & contra.

6. *Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare poteſt, quàm nepotem in locum filii.*

NOTÆ.

6. *Filium alienum in locum nepotis*] Neque enim neceſſe eſt, ut qui adoptatur, eumdem ordinem gradumque, quem apud patrem naturalem habet, ſervet apud patrem adoptivum. Theophil. Exempli cauſa, qui filius eſt patri naturali, nepos fieri poteſt patri adoptivo, & contra.

COMMENTARIUS.

QUI filius eſt patri naturali, poteſt per adoptionem nepos fieri patri adoptivo, & contra. Nam, ut benè Theophilus, neceſſe non eſt, ut qui adoptatur, eumdem ordinem gradumque, quem apud patrem naturalem habet, ſervet apud patrem adoptivum.

TEXTUS.

De adoptione in locum nepotis.

7. *Sed ſi quis nepotis loco adoptet vel quaſi ex filio, quem habet jam adoptatum, vel quaſi ex illo, quem naturalem in poteſtate habet, eo caſu & filius conſentire debet, ne ei invito ſuus hæres agnaſcatur. Sed ex contrario, ſi avus ex filio nepotem det in adoptionem, non eſt neceſſe filium conſentire.*

NOTÆ.

7. *Si quis nepotis loco*] Ex Paulo *l. 6. & l. 11. eod.*

Quaſi ex filio] Quaſi ex filio, puta L. Titio: nam ſi ſimpliciter adoptio fiat, ſive tanquam ex incerto filio, filii conſenſus non deſideratur, *l. 43. & l. ſeq. eod.*

Ne ei invito ſuus hæres] Eadem ratione & nepoti uxorem ducenti etiam filius conſentire debet, *l. 16. §. 1 D. de rit. nupt.*

Non eſt neceſſe filium conſentire] Quia nepos ex filiofamilia non in patris ſui, ſed avi poteſtate eſt.

COMMENTARIUS.

FIlius conſentire debet] Nimirum ſi nepos adoptetur quaſi ex Lucio filio, verbi cauſa, natus. Nam ſi ſimpliciter adoptetur, & tamquam ex incerto filio, nullius conſenſus deſideratur: quia tunc ceſſat ratio juris, quæ conſenſum requirit, de qua mox, *l. adoptiones 43. & ſeq. hoc tit.* Quid ergo, ſi nepotem adoptem tamquam ex Lucio filio meo natum; iſque filius meus auctor non fuerit? an hæc adoptio planè nulla erit? an perinde habendum, ac ſi ſimpliciter facta fuiſſet? quod magis probo cum D. Contio *1. ſubceſ. lect. in fin. arg. l. 11. hoc tit.* Nam cùm Juriſconſultus ibi de propoſita ſpecie hoc ſaltem reſpondeat, me mortuo non fore nepotem in poteſtate filii, ſatis indicat adoptionem quoad cætera valere.

Ne ei invito] *l. 6. eod.* Non videbatur conſenſus filii exquirendus propter jus poteſtatis, quod ſummum pater in filium habet. Sed nimirum vis adoptionis ſeu agnatio ſui hæredis in id tempus confertur, quòd patre mortuo filius jam ſui juris & paterfamilia factus eſt.

Non neceſſe eſt filium] Quia nimirum nepos non in patris ſui, ſed in avi poteſtate eſt. Poteſtatis autem tanta vis fuit apud Romanos, ut avus nepotem inconſulto filio, tametſi id durum eſt, alii in adoptionem dare potuerit.

TEXTUS.

Qui dari poſſunt in adoptionem.

8. *In plurimis autē cauſis adſimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus eſt, ei, qui ex legitimo matrimonio natus eſt; & ideò ſi quis per Imperatorem, vel apud prætorem, vel præſidem provinciæ non extraneum adoptaverit, poteſt eumdem in adoptionem alii dare.*

NOTÆ.

8. *Non extraneum*] Hoc conſultò additum propter *l. pen. C. hoc tit. §. 2. ſup. eod.*

In adoptionem alii dare] Eodem jure, quo id permiſſum patri naturali.

COMMENTARIUS.

IN principio hujus tituli dixit, non ſolùm naturales liberos in poteſtate noſtra eſſe, ſed etiam eos, quos adoptavimus: unde ſequitur, quemadmodum illi in adoptionem alii dari poſſunt, ita & hos poſſe. In adrogatione nihil mutatum; ac ne in adoptione quidem in ſpecie ſic dicta, quando non adoptatur extraneus. At cùm extraneus adoptatus eſt, is alii rurſùs in adoptionem dari non poteſt: cùm ex conſtitutione Juſtiniani nihil juris in hunc pater adoptivus habeat, *l. pen. C. hoc tit. §. 2. ſup. eod.* eamque ob

cau-

Digitized by Google

cauſam verba hæc à Triboniano hìc addita ſunt, *non extraneum*.

TEXTUS.

Si Is, qui generare non poteſt, adoptet.

9. *Sed & illud utriuſque adoptionis commune eſt, quod & ii, qui generare non poſſunt, quales ſunt ſpadones, adoptare poſſunt: caſtrati autem non poſſunt.*

NOTÆ.

9. *Qui generare non poſſunt*] Propter vitium temporale & ſanabile, ex Cajo *l. 2. §. eod.*

Quales ſunt ſpadones] Quia hi ſublato vitio corporis, liberis procreandis operam dare poſſunt, *d. l. 2. §. 1. l. 40. §. 1. eod.* & ideò uxorem quoque poſſunt ducere, *l. 39. §. 1. D. de jur. dot.* natura enim magis in homine generandi & conſuetudo ſpectanda eſt, quàm temporale vitium, *l. 9. D. de lib. & poſt.* Spadones, *οἱ φύσει τῶν γονίμων μορίων ὑστεροῦντες*, *Gloſſ. jur.* Interdum ſpadonum appellatione etiam caſtrati comprehenduntur, *d. l. 39. §. 1. de jur. dot. l. 128. de verb. ſign.* & ibi Alciat.

Caſtrati non poſſunt] Neque enim in teſtes vim genitalem aſſuodere queunt; neque remedio in his locus. Leo tamen permiſit. *Novell. 26.*

COMMENTARIUS.

Q*Vi generare poſſunt*] Id eſt, qui propter vitium aliquod, quod tamen ſanabile ſit, procreare non poſſunt, quales hìc perhibentur eſſe ſpadooes: qua quidem appellatione nonnumquam & caſtrati continentur, id eſt, inteſtes, aliique, quibus vis generandi in totum adempta, ut in *l. ſi ſerva 39. §. 1. de jur. dot. l. 4. §. 2. ad leg. Corn. de ſic. l. ſpadonum 28. de verb. ſign. ubi Alciat.* Cæterum non rarò & in ſpecie accipitur, atque ad eos coanguſtatur, qui ob impedimentum temporale, & quod tolli queat, generare non poſſunt. Ita uſurpatur à Pomp. *l. 6. §. 3. 2. de ædil. edict. à Marcian. l. 14. §. ult. de man. vind.* itemque à Cajo *l. 2. §. 1. hoc tit.* Gloſſæ juris: Spadones, *οἱ φύσει τῶν γονίμων μορίων ὑστεροῦντες*. Imperator Leo etiam caſtratis adoptare permiſit, ut injuriam illis illatam hoc ſolatio compenſaret, *Nov. 26. & ſeqq.*

TEXTUS.

Si fœmina adoptet.

10. *Fœminæ quoque adrogare non poſſunt, quia nec naturales liberos in ſua poteſtate habent: ſed ex indulgentia Principis ad ſolatium liberorum amiſſorum adoptare poſſunt.*

NOTÆ

10. *Fæminæ*] Fœminæ adoptari ſemper potuerunt, adrogari non ſemper *l. 21. eod.* adrogare aut adoptare nunquam.

COMMENTARIUS.

ADrogatio & adoptio jure veteri in eo diſcrepabant, quòd fœminæ adrogari non poterant: quia, ut ſupra diximus, adrogatio auctore populo in comitiis fiebat, quorum nulla cum fœminis communio. Adoptari autem non vetabantur. Nunc verò ex reſcripto Principis etiam adrogari poſſunt, *l. 21. hoc tit.* Adrogare autem vel adoptare nec olim poterant, nec nunc poſſunt. Ratio redditur à Juſtiniano, quia nec naturales liberos in poteſtate habent: quaſi diceret, abſurdum eſſe, ut majorem vim habeat fictio, quàm rei veritas; adoptio, quàm natura. Claudicare tamen videtur hæc ratio in extraneo adoptante, in cujus poteſtate licèt adoptatus non ſit, tamen conſtat adoptio, ex conſtitutione Juſtiniani §. 2. *ſup. eod.*

Ex indulgentia Principis] *l. ſi ſuſpecta 29. §. quoniam de inoff. teſt.* non tamen ut filium habeant in poteſtate, ſed ut ſolatium orbitatis & hæredem. Duobus igitur caſibus filios tantùm facit adoptio; ſi fœmina juſſu Principis adoptaverit; item ſi extraneus à patre naturali filium in adoptionem acceperit. Cæteri fiunt filiifamilia.

Ad ſolatium liberorum amiſſorum] Tranſcriptum hoc ex *l. 5. C. eod.* & de viduis haud dubiè intelligendum: neque enim nuptis concedendum exiſtimo, ut ſeorſum ſibi liberos adoptent. Imp. Leo & ſine hac conditione fœminis adoptare permiſit, etiam virginibus. *Nov. Leon. 27.* quæ in Oriente recepta, *Harmenop. lib. 2. tit. 8. §. 4.*

TEXTUS.

De liberis arrogatis.

11. *Illud proprium eſt adoptionis illius, quæ per ſacrum oraculum fit, quod is, qui liberos in poteſtate habet, ſi ſe adrogandum dederit, non ſolum ipſe poteſtati adrogatoris ſubjicitur, ſed etiam liberi ejus fiunt in ejuſdem poteſtate, tamquam nepotes. Sic etenim D. Auguſtus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptaſſet, ut protinus adrogatione facta inciperet Germanicus Auguſti nepos eſſe.*

NOTÆ.

11. *Per ſacrum oraculum*] Per Principem, *l. 2. eod.* per Principis reſcriptum, *l. 6. C. eod.* Periphraſis eſt adrogationis.

Sed etiam liberi ejus] *l. 15. l. 40. eod.* nimirum tamquam ſequela, & una cum patre adrogato

capi-

Digitized by Google

capite minuuntur, *l. 3. D. de cap. minus.* quod in adoptione non ſimiliter contingit, *leg. 28. hoc tit.*

Non ante Tiberium] Sveton. in *Auguſt. cap. 19. in Tib. cap. 15. in Calig. cap. 4.* Tac. *ann. 1. &* 4. Simile exemplum habemus apud Capitol. *in Anton.*

COMMENTARIUS.

Quod hoc §. proponitur, proprium effectum eſt adrogationis; nempe non ſolùm eum, qui adrogatur, tranſire in poteſtatem patris adoptivi; ſed etiam liberos, qui in ejus poteſtate erant, tanquam nepotes, *l. adrogato 40. eod.* In adoptione autem hoc non ſimiliter contingit, in qua is tantùm tranſit, qui adoptatur non etiam liberi ejus. Ratio differentiæ in promptu eſt: nam in adoptionem dantur filiifamilia, quorum liberi ſunt in poteſtate alterius, nempe ejus, qui in adoptionem dat: ideòque etiam in illius poteſtate remanent, *l. liberum 28. eod.* Adrogantur autem patresfamilia, qui cum ipſi liberos ſuos in poteſtate habeant, nihil mirum, ſi ſecum etiam illos in familiam & poteſtatem alienam transferant, *l. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab.*

Quam is Germanicum adoptaſſet] Dubitaverat Auguſtus Germanicum ſororis nepotem & cunctis laudatum rei Romanæ imponere, ſed precibus uxoris evictus Tiberio Germanicum, ſibi Tiberium adſcivit, auctor *Tacit. 4. annal. & Sveton. in Tib. c. 15.* ſcribit, Tiberium priùs coactum fuiſſe Germanicum adoptare, quàm ipſe ab Auguſto adoptaretur. Simile exemplum habemus apud *Capitolin. in Anton.*

TEXTUS.

De ſervo adoptato vel filio nominato à domino,

12. *Apud Catonem benè ſcriptum refert antiquitas, ſervos, ſi à domino adoptati ſint, ex hoc ipſo poſſe liberari. Unde & nos eruditi in noſtra conſtitutione etiam cum ſervum, quem dominus actis intervenientibus filium ſuum nominaverat, liberum eſſe conſtituimus: licèt hoc ad jus filii accipiendum non ſufficiat.*

NOTÆ.

12. *Catonem*] Credo intelligi M. Catonis principis Portiorum familiæ filium, *vid. l. 2. §. 38. D. de orig. jur.* Gell. *lib. 13. cap. 18.*

Poſſe liberari] Inutilis itaque adoptio hìc vim manumiſſionis habet:

Actis intervenientibus] Id eſt, apud acta, teſtato coram magiſtratu: non ſi extra judicium filii nomine ſervum ſuum benignè compellans Frabrot.

COMMENTARIUS.

Apud Catonem] Parùm refert, apud Marcumne Catonem, principem familiæ Portiæ, hoc ſcriptum fuerit, an apud filium ejus. Ambo ſanè & Juriſconſulti fuere, & libros de jure civili reliquerunt, filius etiam plurimos, teſte Pomp. *l. 2. §. poſt hos 38. de orig. jur.*

Ex hoc ipſo liberari] Satis apparet, his verbis Juſtinianum ſignificare velle, ſervos à domino adoptatos non jus filiorum, ſed libertatem dumtaxat conſequi: atque inutilem quidem eſſe hanc adoptionem, ſed vim tamen manumiſſionis habere. Nec diſſimile admodum eſt, quod Ulpian. ſcribit, inutilem acceptilationem habere vim pacti ſive utile pactum, *l. 8. de accept.*

Noſtra conſtitutione] *l. un. §. 10. C. de Lat. lib. toll.*

Actis intervenientibus] Id eſt, apud acta, coram magiſtratu. D. Gotomanus putat, neceſſe eſſe, ut dominus ſervum ad magiſtratum deducat, & teſtato denunciet, ſe velle eum pro filio habere, utque acta ſuper eo conficiantur.

TITULUS DUODECIMUS.
QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

D. Lib. 1. tit. 7. Novell. 81.

Ratio ordinis, & ſumma tituli.

Mos hic eſt perpetuus Juriſconſultorum, ut expoſitis iis, quæ ad conſtitutionem alicujus rei valent, ſubjiciant contraria, ſive ea, quæ ad ejus imminutionem aut diſſolutionem pertinent. Itaque cùm hactenus viſum ſit, quibus modis jus patriæ poteſtatis conſtituitur, rectè nunc ſubjiciuntur modi, quibus jus illud ſolvitur. Ejuſcemodi autem ſeptem ferè hoc titulo proponuntur; mors patris aut avi: deportatio; ſervitus pœnæ; dignitas patriciatus; captivitatis; emancipatio; adoptio.

TEXTUS.

Scopus & nexus. De Morte.

Videamus nunc, quibus modis ii, qui alieno juri ſunt ſubjecti, eo jure liberentur. Et quidem quemadmodum liberentur ſervi a

pote

poteſtate dominorum, ex iis intelligere poſſumus, quæ de ſervis manumittendis ſuperius expoſuimus. Hi vero, qui in poteſtate parentis ſunt, mortuo eo, ſui juris fiunt. Sed hoc diſtinctionem recipit: nam mortuo patre, ſanè omnimodò filii, filiæve ſui juris efficiuntur: mortuo verò avo, non omnimodò nepotes, neptesve ſui juris fiunt: ſed ita, ſi poſt mortem avi in poteſtatem patris ſui recaſuri non ſunt. Itaque ſi moriente avo pater eorum vivit, & in poteſtate patris ſui eſt, tunc poſt obitum avi in poteſtate patris ſui fiunt. Si verò is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus eſt, aut per emancipationem exiit de poteſtate patris, tunc iis, qui in poteſtatem ejus cadere non poſſunt, ſui juris fiunt.

NOTÆ.

Jus patriæ poteſtatis] Abeſt *patriæ* à Vet. eodem teſte Fabrot, & Theophil. ſimpliciter τὸ ὑπεξούσιον.

Mortuo patre] Intellige, in cujus poteſtate filii erat: nam ſi ipſe pater ſit in poteſtate patris ſui, eo moriente liberi ejus non fiunt ſui juris, ſed remanent in poteſtate avi ſui, cui & quaſi agnaſcendo fiunt ſui hæredes, §. 2. *infr. de exher. lib.*

Recaſuri non ſunt] Nepotes ex filio, mortuo avo, ſolent in poteſtatem patris ſui recidere, *l. 5. D. de his qui ſui vel al. jur.* ſed hoc ita, niſi ipſe pater aut mortuus ſit jam ante, aut emancipatus à patre ſuo, *l. 41. D. de adopt.* Ulp. *tit.* 10. §. 1. Cajus 1. *inſt. tit.* 6.

Per emancipationem exiit] Hoc Gloſſema eſſe ex lib. vet. notant Cujac. Hot. Fabror. nam & aliis modis exire de poteſtate poteſt, nec Theoph. agnoſcit.

COMMENTARIUS.

MOrtuo eo ſui juris fiunt] Quum paterfamil. moritur, quotquot capita ei ſubjecta fuerunt, ſingulas familias incipiunt habere: ſinguli enim patrumfam. nomen ſubeunt, etiamſi pupilli ſint & infantes, *l. 195. §. 2. de verb. ſign.* quod notandum.

Mortuo patre, ſanè omnimodò] Mortuo nimirum patre, in cujus poteſtate filii erant: Nam qui in avi ſui, non in patris poteſtate ſunt, mortuo patre non efficiuntur ſui juris; ſed in poteſtate avi ſui remanent, adeòque quaſi agnaſcendo avo ſuo fiunt ſui hæredes, §. 2. *inf. de exh. lib. l. 13. de injuſt. rupt. teſtam.*

In poteſtatem patris ſui recaſuri non ſunt] Nepotes ex filio, mortuo avo, recidere ſolent in poteſtatem filii, hoc eſt patris ſui, *l. 5. de his qui ſui vel al. jur.* Sed hoc non eſt perpetuum. Nam ſi quo tempore avus moritur, & pater eorum aut jam mortuus ſit, aut per emancipationem exierit de poteſtate patris ſui, nepotes in poteſtatem patris ſui non recidunt, ſed ſui juris fiunt. Quin etiam ſufficit ſemel exiiſſe. Finge filium, quem pater adoptaverat, in poteſtatem patris ſui revertiſſe, puta à patre adoptatum eſſe; nepos retentus poſt mortem avi non recidit in poteſtatem patris ſui, ſed omnimodò ſui juris efficitur, *l. pater 41. de adopt.* Hi, quos dignitas ſuæ poteſtatis facit, jura legitima intacta retinent, eorumque filii poſt mortem avorum in eorum poteſtatem revertuntur, *Nov. 81. cap. 2.*

TEXTUS.

De deportatione.

1. *Cùm autem is, qui ob aliquod maleficium in inſulam deportatur, civitatem amittit: ſequitur, ut qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde quaſi eò mortuò, deſinant liberi in poteſtate ejus eſſe. Pari ratione & ſi is, qui in poteſtate parentis ſit, in inſulam deportatus fuerit, deſinit eſſe in poteſtate parentis. Sed ſi ex indulgentia Principis reſtituti fuerint per omnia, priſtinum ſtatum recipiunt.*

NOTÆ.

1. *In inſulam deportatur*] Deportatio in inſulam, in locum aquæ & ignis interdictionis ſucceſſit, *l. 2. §. 1. D. de pæn. l. 3. D. ad leg. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extraord. cogn.* Briſſ. *lib. 3. ſol. 3. ſol. antiq. cap. 5.*

Civitatem amittit] Unde deportati dicuntur peregrini, *l. 6. §. 1. D. de hær. inſt. l. 1. Cod. eod.* & ἀπόλιδες, *l. 1. §. 3. de legat. 3. l. 17. D. de pæn.*

Ut qui eo modo ex numero, &c.] Conſtructio conſtabit, ſi cùm Hotom. legas, *ut eo, qui eo modo ex numero civium tollitur, perinde quaſi mortuo*, &c.

Quaſi mortuo] Nam intereunt homines non ſolùm morte, ſed etiam maxima, & media capitis diminutione, *l. 63. §. pen. D. pro ſoc.* quæ ob id vulgò mors civilis.

COMMENTARIUS.

IN inſulam deportati] Etiam deportatione patria poteſtas ſolvitur: nam cùm hæc poteſtas propria ſit civium Romanorum, § 2. *ſup. de patr. pot.* fieri non poteſt, ut qui civis Rom. non ſit, filium habeat in poteſtate. Deportatio autem eſt capitis minutio, qua qui afficitur, in numero civium eſſe deſinit, §. 2. *inf. de cap. dem.* ubi plura dicemus.

Perinde quaſi eo mortuo] Nam intereunt homines non ſolùm morte, verùm etiam maxima & media capitis diminutione, *l. verum 63. §. pen. pro ſoc. l. 1. §. filium 8. de bon. poſſ. cont. tab.* quæ ob id vulgò mors civilis dicitur. Vitioſam autem apparet eſſe hujus loci conſtructionem: quæ conſtabit, ſi cùm D. Hotom. legamus: *ut eo, qui eo modo ex numero civium tollitur, perinde quaſi mortuo*, &c. tranſpoſito videlicet poſteriore *eo*.

Digitized by Google

Pari ratione] Nihil hic intereſt, filius deportatus ſit, an pater; neque enim magis civis Romanus peregrinum in poteſtate habere poteſt, quàm peregrinus civem Romanum. *Ulp. tit.* 10. §. 2. *Theophil. hic.*

Ex indulgentia Principis reſtituit] Nempe pleniſſimè & in integrum, *l.* 1. *C. de ſent paſſ.* Nam ſimplex & generalis reſtitutio pœnæ tantùm gratiam facit, reditumque in patriam concedit, *add. l.* 2. 6. 9. *Cod. d. tit. & D. Tul. l. C. ibid. Chriſt. vol.* 4. *deciſ.* 208.

TEXTUS.

De relegatione.

2. *Relegati autem patres in inſulam in poteſtate liberos retinent, & liberi relegati in poteſtate parentum remanent.*

NOTÆ.

2. *Relegati*] *l.* 4. *l.* 7. §. 3. *D. de interd. & rel.* Relegatio igitur eſt exilium ſalvo jure civitatis, aliquando tamen exilio opponitur. Ovid. 5. *de triſtib. Ipſe relegati, non exulis utitur in me Nomine.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur deportati cives eſſe deſinant, relegati non item.*

2 *Quo numero apud nos habendi banniti, ſeu quibus provincia interdictum eſt, & damnati ad triremes.*

RElegati ſive in inſulam, ſive ſimpliciter certis provinciis interdicti, omnia ſua jura retinent: nec referr, in perpetuum, an ad tempus relegentur, *l.* 4. *l.* 7. §. 3. *de interd. & rel.* Sed & bona ſua omnia retinent, niſi parte bonorum nominatim adempta in perpetuum relegentur, *d. l.* 4. *d. l.* 7. §. *ad tempus.* Quæ autem ratio eſt, quòd depor-
1 tati hæc omnia cum civitate amittant, relegati non item? Diverſitas intelligi poterit ex verbis ſententiæ & forma executionis. Nam deportati, perpetuo exilio mutilati, jubebantur compedibus vincti & navigio impoſiti à ſervis publicis conſtitutam in ſolitudinem avehi: quæ condemnatio eos manifeſtè ad peregrinitatem redigit, & ἀπόλιδας facit, *l. ſunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* Relegatis autem dies præſtituebatur, inter quem excederent. Moris enim erat ita pronuntiari; *Illum provincia illa inſuliſque religio: excederéque debebis intra illum diem, d. l.* 7. §. *his qui* 17. *de int. & rel.* quæ ſententia exiſtimationem quidem ei vis minuit, ſed non cõſumit, aut caput eximit de civitate, *l.* 5. §. 1. *de extr. cogn.* Nomen exilii commune eſt, exuleſque non deportati ſolùm, ſed & relegati atque interdicti appellantur, *l.* 4 *l.* 5. *de interd. & rel. l.* 4. *de pœn. l. tut.* 28. §. 2. *& l. ſeq. de excuſ.* quippe omnes extra ſolum miſſi, ſive ſolo patrio expulſi, unde exulem dici, auctores ſunt Feſtus,
2 Nonius & Quintil. *declam.* 336. Plerumque tamen & quaſi propriè exilium de deportatione dicitur, quaſi exilium propriè non ſit, cùm jus civitatis retinetur, *l.* 2. *de publ. jud.* Hinc & Ovidius ſe non exulem eſſe ſcribit, ſed relegatum, *lib.* 2. *&* 5. *de triſtib.* Quod ad jus harum regionum attinet, plerique exiſtimant, eos quorum bona apud nos publicantur adjuncta provinciæ interdictione perpetua, ſimiles deportatis habendos eſſe. Quibus autem ad tempus provinciæ vel civitatis alicujus finibus interdicitur, relegatis comparandos. Idemque ſtatuendum ſimili diſtinctione adhibita de damnatis ad triremes, *Chriſtin. vol.* 5. *deciſ.* 52. *in fin. Guedelin.* 5. *de jur. noviſſ. c.* 15.

TEXTUS.

De ſervitute pœnæ.

3. *Pœna ſervus effectus filios in poteſtate habere deſinit. Servi autem pœna efficiuntur, qui in metallum damnantur, & qui beſtiis ſubjiciuntur.*

NOTÆ.

3. *Pœnæ ſervus effectus*] Vel alio modo libertate amiſſa, §. 1. *inf. de cap. demin.* nam qui unà cum civitate libertatem amittunt, vel magis pro mortuis habendi, quàm civitatem tantùm, *l. ſervitutem* 209. *de reg. jur.*

Qui in metallum, &c.] Vid. *l.* 8. §. 4. 6. 11. *l.* 7. *D. de pœn.* Cujac. 13. *obſ.* 13. Pet. Fab. 2. ſemeſt. 11. Tertull. *Apolog. c.* 12. *In metallum Chriſtiani damnabantur, aut beſtiis ſubiiciebantur.* Jure noviſſ. ſervitus pœnæ ſublata. *Nov.* 22. *c.* 8. *auth. ſed hodie, C. de don. int. vir.*

COMMENTARIUS.

SI is, qui civitatem retenta libertate amittit, liberos in poteſtate habere deſinit, & mortui loco habetur, quantò magis, qui cum civitate ſimul & libertatem? Servitutem enim vel maximè mortalitati veteres comparabant, *l. quod attinet, l. ſervitutem* 209. *de reg. jur.*

Pœnæ ſervus] Pœnæ ſervus dicitur, qui non alium dominum habet, quàm ipſam quodammodò pœnam, cui addictus eſt. Ideòque ſi quid tali ſervo legatum ſit, pro non ſcripto eſſe, quaſi non Cæſaris ſervo datum, ſed pœnæ, Marcian. reſpondit, *l. ſunt quidam* 16. *de pœn.* Cæterum non ſolùm ſervitute pœnæ, cujus ſolius hic fit mentio, verùm etiam quovis alio genere ſervitutis patria poteſtas ſolvitur, puta ſi liber homo major 20. annis ad pretium participandum ſe venumdari paſſus ſit, aut ſi libertus ingratitudinis convictus redigatur in poteſtatem domini, §. 1. *inf. de cap. dem.* Quominùs qui ab hoſtibus capiuntur, huc pertineant, facit jus poſtliminii, & lex Cornelia teſtamentaria, §. *ſi ab hoſtibus inf. eod.*

Qui in metallum damnantur] In metallum vel in opus metalli damnari dicuntur, qui ad effodiendum metallum, cujus varia ſunt genera,

dam-

Digitized by Google

damnantur: quamquam inter eos, qui in metallum, & eos qui in opus metalli damnantur, differentia eſt in vinculis, quod huc non pertinet, *l.* 8. §. 4. *& 6. de pœn.* Diverſa pœna fuit eorum, qui in opus publicum damnari dicuntur, *l. ult. de effract.* Hi enim civitatem dumtaxat amittebant libertate ſalva, *l.* 17. §. 1. *d. tit.* quibus hodie nonnulli comparant, qui ad triremes damnantur.

Qui beſtiis ſubjiciuntur] Hi ſunt, qui paſſim ad beſtias damnati & ad beſtias dati dicuntur (Dio *lib.* 58. *τοὺς τοῖς θηρίοις ἐκ καταδίκης δεδομένους* appellat) & ſtatim conſumuntur, hoc eſt, ſtatim poſt damnationem feris objiciuntur. Sunt & qui damnati non ſtatim conſumuntur, ſed populi voluptatibus reſervantur, qui tamen & ipſi ſervi pœnæ fiunt; quales ſunt, qui damnantur in ludum ſive venatorium ſive gladiatorium, *d. l.* 8. §. *quicumq.* 11. *de pœn. l.* 1. *l. un. C. Theod. ad leg. Fab. de quo vid. Budæ in annot. poſter. Cujac.* 13. *obſ.* 10. *Pet. Fab.* 2. *ſemeſtr.* 11. Poſtremò omnes, qui in ultimo ſupplicio damnantur, confeſtim pœnæ ſervos fieri exiſtimo, hoc nimirum effectu, ut ſtatim libertatem & civitatem perdant, *arg. l.* 2. *l. qui ultimo* 29. *de pœn. l.* 6. §. *etſi* 6. *de injuſt. rupt. teſt.* Jure noviſſimo ſervitus pœnæ ſublata eſt, *Nov.* 22. *cap.* 8. *auth. ſed hodie, Cod. de don. int. vir. & uxor.* Cujus rei effecta ibidem notant DD.

TEXTUS.

De dignitate.

4. *Filiusfamilias ſi militaverit, vel ſi ſenator, vel conſul factus fuerit, remanet in poteſtate patris: militia enim vel conſularis dignitas de patris poteſtate filium non liberat. Sed ex conſtitutione noſtra ſumma patriciatus dignitas illico Imperialibus codicillis præſtitis filium à patria poteſtate liberat. Quis enim patiatur patrem quidem poſſe per emancipationis modum poteſtatis ſuæ nexibus filium liberare: Imperatoriam autem celſitudinem non valere eum, quem patrem ſibi elegit, ab aliena eximere poteſtate?*

NOTÆ.

4. *Si militaverit*] *l.* 35. *de rit. nupt. l.* 5. *& 6. de caſtr. per l.* 7. *C. de patr. pot.*

Senator] *l.* 18. *in fin. D. judic. l. ult. de her. pet.* Quint. *declam.* 286.

Conſularis dignitas] *lib.* 1. §. *ult. de ſent. Mac.* Dion. Halic. *c. l.* 2. ſed hodie liberat, *Nov.* 81. ubi & aliæ dignitates excipiuntur, *in pr. cap.* 1. *&* 3.

Summa patriciatus dignitas] Summa non quidem gradu, nam conſulatus major eſt, ſed quia ad magnitudinem accedit dignitatis perpetuitas, Baro Com. extat conſtitutio in *l. ultim. Cod. de conſul. lib.* 12. *add. l.* 3. *Cod. eod.*

Codicillis præſtitis] Principes per codicillos, id eſt, diplomata, ſive litteras, honores deferebant, *l.* 41. *D. de exc. tut. l.* 12. *C. de dign.* Svet. *Claud. cap.* 29. Syneſ. *epiſt.* 127.

Quem ſibi patrem elegit] Caſſiod. in formula *patriciatus*. Imperatores Conſtantinopolitani ſoliti erant ex ſenatoribus, qui curulibus magiſtratibus functi erant, ſibi conſiliarios & quaſi patres legere, quos patricios dici placuit, quaſi patres communis Reip. Suid.

COMMENTARIUS.

1 *Patricii ſub Impp. Conſtantinopolitanis qui dicti.*

S*I militaverit*] Milites multis privilegiis & prærogativis à Principibus donati ſunt: nexu tamen patriæ poteſtatis jure ſacramenti eos ſolvi noluerunt, *l.* 3. *C. de caſtr. pec. l.* 7. *Cod. de patr. pot.* Obſervandum obiter, militiam ſpeciem quamdam fuiſſe dignitatis, atque inde factum, ut omnia ferè officia, etiam civilia, militiæ poſtmodum dictæ ſint.

Vel ſi ſenator, vel conſul] Non obſtat huic loco, quod dicitur *in l. antepen.* de his, qui ſui vel al. jur. in publicis cauſis filium familia haberi, veluti ut magiſtratum gerat, &c. hoc enim non ſignificat filium conſulatu aliove munere publico liberari patria poteſtate: ſed patriam poteſtatem non obſtare, quominùs conſul puta, aut prætor creetur, omniaque munia magiſtratus ſui obeat etiam repugnante patre, atque adeò etiam adverſùs patrem, *l.* 3. *in fin. & l. ſeq. ad ſen. Treb.* Nonnihil huc faciunt, quæ ſcribit *Ge.* 2. *noct. Attic.* 2.

Ex noſtra conſtitutione] *l. ult. C. de conſul. lib.* 12. Non tamen à Juſtiniano hoc primùm conſtitutum videri poteſt, cùm & apud Caſſiodorum, qui ante Juſtinianum ſub Theodorico Gothorum rege vixit, in form. *Patriciatus*, hoc ſcriptum ſit; *Leges*, inquit, *tantam patriciis dignitatem detulerunt, ut in ſacris poſitus, cùm hoc fuerit honore præcinctus, paternæ poteſtatis nexibus exuatur.* Quod autem Juſtinianus in *d. conſtit.* patriciatui tribuit, id poſteà produxit etiam ad alias dignitates, & ad eas omnes quæ à curia liberant: nominatimque idem jus conceſſit conſulatui, præfecturæ prætorianæ, præfecturæ urbicæ, præturæ, magiſterio militum, & denique Epiſcopatui, *Nov.* 81. *in pr. cap.* 1. 3.

Summa patriciatus dignitas] Stante rep. patricii dicebantur, qui eorum ſenatorum progenies erant, quos Romulus creaverat. Antiquiſſimæ quoque cujuſque ſenatoriæ familiæ liberi ætate Livii patricii appellabantur. Verùm longè aliter patricii in conſtitutionibus recentiorum Impp. accipiendi ſunt. Nam tranſlato Conſtantinopolim imperio cœpere Principes ex ſenatoribus, qui curulibus magiſtratibus functi erant, ſibi conſiliarios & quaſi patres legere, quos patricius dici placuit, quaſi patres

Digitized by Google

communis reip. auctore Surda. Atque ex eo tempore patriciatus nomen eſſe cœpit ſupremi conſilii.

Codicillis præſtitis] Codicilii apud Latinos inter alia ſignificant diplomata ſive litteras Principales, quibus honores mandantur, ut apud Sveton. *in Claud. cap. 29. & in l. adminiſtrantes 41. p. de excuſ. tut. leg. 12. C. de dign.* uti & hoc loco.

Quem ſibi patrem elegit] Patricii Impp. Conſtantinopolitanis parentum loco erant: quæ parentis appellatio Claudiano lepidi joci materiam tribuit. Is enim in Eutropium patricium, cujus bona publicata & in fiſcum coacta erant, ſic ludit.

Direptas quid plangis opes, quas natus habebis?
Non aliter poteras Principis eſſe pater.

Quorum verſuum hic ſenſus eſt. Eutropium æquo animo adverſum fortunæ caſum bonorumque ſuorum publicationem ferre debere, cum eo modo ad Principem, qui ei filii loco fuerit, & cujus ipſe parens appellatus ſit, ea pervenerint. Extat conſtitutio Impp. Arcadii & Honorii in *C. Theod. tit. de pæn.* quia hic Eutropius in inſulam Cyprum, quò bonis publicatis & adempta dignitate relegatus erat, deportari jubetur.

TEXTUS.

De captivitate & poſtliminio.

5. *Si ab hoſtibus captus fuerit parens, quamvis ſervus hoſtium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus poſtliminii: quia hi, qui ab hoſtibus capti ſunt, ſi reverſi fuerint, omnia priſtina jura recipiunt: idcircò reverſus etiam liberos habebit in poteſtate: quia poſtliminium fingit eum, qui captus eſt, in civitate ſemper fuiſſe. Si verò ibi deceſſerit, exinde ex quo captus eſt pater, filius ſui juris fuiſſe videtur. Ipſe quoque filius, nepoſve, ſi ab hoſtibus captus fuerit, ſimiliter dicimus propter jus poſtliminii, jus quoque poteſtatis parentis in ſuſpenſo eſſe. Dictum autem eſt poſtliminium à limine, & poſt. Unde eum, qui ab hoſtibus captus eſt, & in fines noſtros poſteà pervenit, poſtliminio reverſum rectè dicimus. Nam limina ſicut in domo finem quemdam faciunt, ſic & imperii finem eſſe limen veteres voluerunt. Hinc & limen dictum eſt, quaſi finis quidam & terminus. Ab eo poſtliminium dictum eſt, quia ad diem limen revertebatur, quod amiſerat. Sed & qui captus victis hoſtibus recuperatur, poſtliminio rediiſſe exiſtimatur.*

NOTÆ.

5. *Pendet jus liberorum*] In pendenti, in incerto eſt, *l. ult. D. de ſent. Mac. l. 12. §. 1. de capt. & poſtl.* Non igitur tam captivitate patria poteſtas amiſſa reſtituitur, quàm liberi finguntur in poteſtate etiam tempore captivitatis manſiſſe. Ulp. *tit. 10. §. pen.* Boet. *in top. Cic.*

Priſtina jura] Puta civitatem, familiam, bona, ſive eorum dominium, *l. 5. §. 1. l. 22. §. 1. de capt. & poſtl. rev.* Quæ autem facti ſunt, qualis eſt poſſeſſio, poſtliminio non continentur, *l. 19. ex quib. cauſ. maj.* Sicut autem poſtliminio reverſus jura recipit, ita & in ipſum jura reſtituuntur, *l. 6. d. l. 12. §. 3. de capt. & poſtl.*

In civitate ſemper fuiſſe] Alia effecta vid. *in l. 1. §. ult. de ſen. Mac. l. 6. §. ult. D. de tutel. l. 22. §. 1. de capt. & poſtl. l. 13. eod.*

Ipſe quoque filius] *l. 9. l. 10. l. 12. Cod. de poſt. rev.*

Sed & qui captus] *l. 16. de capt. & poſtl.* ubi etiam Florentinus ait, nihil intereſſe, utrùm captivus dimiſſus, an vi, vel fallacia hoſtium poteſtatem evaſerit, ſive ut Homerus *Odiſſ.* 14. ἢ δόλῳ, ἠὲ βίῃ, ἢ ἀμφαδὸν, ἠὲ κρυφηδόν. Ita tamen ſi ea mente fuerit, ut illò non reverteretur. Et ideò reſponſum eſt, Attilium Regulum non eſſe poſtliminio reverſum, quia juraverat Carthaginem reverſurum, *l. 5. §. 3. d. tit.* add. Grot. *d. cap. 9.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando quis poſtliminio reverſus intelligatur, tum quibus in locis poſtliminium ſit.*
2 *Quæ res poſtliminio recipiantur, aut redeant.*
3 *Ius patris ab hoſtibus capti non extingui, ſed in ſuſpenſo eſſe.*
4 *De origine vocis poſtliminii.*

Q*Vamvis ſervus hoſtium fiat*] Conſtat, eos, qui ab hoſtibus capiuntur, jure belli ſervos hoſtium fieri, & conſequenter deſinere liberos habere in poteſtate. Verùm Romani, qui cùm ex ſuis capti eſſent, ſervorũ numero apud ſe haberi non debere conſuerunt, nihil eorum cum effectu amittere, quæ aliàs per ſervitutem amitti ſolent. Cùmque fieri poſſit, ut capti ad ſuos reverterentur, fieri item, ut apud hoſtes decederent, in utrumque eventum captis proſpexerunt, in illum fictione juris poſtliminii, in hunc fictione legis Corneliæ.

Qui ſi reverſi fuerint] Pomponius reverſum poſtliminio ait, qui intra præſidia noſtra eſſe cœpit, *l. 5. §. 1. de capt.* Paulus, cùm in fines noſtros intraverit, *l. poſtliminium 19. §. 3. eod.* Sed ex paritate rationis conſenſus gentium rem eò perduxit, ut poſtliminium locum haberet, etiamſi quis homo aut res, cui poſtliminium eſſe placuerat, perveniſſet ad amicos noſtros, ut loquitur d. loco Pompon. aut, ut Paulus exempli cauſa explicat, ad regem ſocium vel amicum. Quibus in locis amici aut ſocii intelligendi ſunt non ſimpliciter, quibuſcum pacem habemus, ſed qui par-

Digitized by Google

pärtes in bello eaſdem ſequuntur : ad quos qui venerunt, ut Paulus loquitur, nomine publico tuti eſſe incipiunt, qua de re pluſcula *D. Grot. 3. de jur. bell. & pac. 9. num. 2.*

2 *Omnia priſtina jura*] Puta civitatem, familiam, bona ſive eorum dominium. Rectè autem, jura, *l. 5. §. 1. l. in bello 12. §. de capt. & poſtl. rev.* nam ea, quæ facti ſunt, poſtliminio non continentur: qualis eſt verbi cauſa poſſeſſio, quæ idcircò interrupta captivitate non reſtituitur, *l. denique 19. ex quib. ca. maj. l. cum hæredes 23. §. 1. de acq. poſſ.* Sicut autem poſtliminio reverſus jura recipit, ita & in ipſum jura reſtituuntur, *l. 6. d. l. in bello, §. cætera de capt.* Neque homines ſolùm, ſed etiam agri, *leg. ſi captivus 20. §. 1. eod.* adeòque quodvis jus ſolo adhærens, poſtliminium habet per *l. 6. de rer. div.* uti & loca ſacra ac religioſa, *l. cum loca 36. de rel.* At rebus mobilibus poſtliminium non eſt: exceptæ tamen naves longæ atque onerariæ, muli clitellarii, equi & equæ frenum patientes, *Cic. in Top. Gall. Ael. apud Feſt. Marcell. l. 2. de capt.* quamquam hodie, ut paſſim tradunt morum periti, nullæ res mobiles poſtliminio redeant, ne naves quidem, *vid. Grot. d. cap. 9. num. 13. & ſeqq. de Tulden. comment. ad tit. de rer. div. cap. 30.*

In civitate ſemper fuiſſe] Non igitur tam capti-
3 vitate patria poteſtas amiſſa reverſo patre reſtituitur, liberive captivitate patris ſui juris facti eo reverſo iterum in poteſtate ejus eſſe incipiunt, quod velle videtur D. Mynſ. quàm pater fingitur retro in civitate fuiſſe, liberoſque in poteſtate etiam tempore captivitatis retinuiſſe, *d. l. bello, §. 1. l. retro. 16. bona 22. §. 2. eod. l. 6. §. ult. de tutel.* Nec alioqui rectè diceretur, ſtatum liberorum pendere, aut in incerto eſſe, ut hic & *d. l. in bello, & l. bona*, nec acta à filio eſſe in pendenti, *l. 1. §. 1. de ſenat. Mac.* ſed jus patris, & liberorum, captivitate patris extinctum poſtliminio reſtitui: acta à filio tantiſper rata eſſe; at reverſo patre infirmari. Non eſt autem levis momenti hæc fictio: nam inde eſt, quòd quæ filius medio tempore quæſivit, pater reverſus tanquam ſibi quæſita occupare poſſit jure peculii, etiam defuncto pridem filio, *l. pen. de ſuis & leg. hær.* Inde quoque eſt quòd patre reverſo denegatur actio creditori, à quo filius, dum pater apud hoſtes eſt, mutuam pecuniam accepit, quaſi contra SCtum credita ſit, *l. 1. §. 1. de SC. Mac.* Denique hinc eſt, quòd Ulp. reſpondit, non poſſe ei, cujus pater in poteſtate hoſtium eſt, tutorem dari, *l. 6. §. ult. de tutel.* qui rectè utique daretur, ſi filii interim pro iis, qui ſui juris ſunt, haberentur. Deportati & reſtituti patris alia ratio, *l. ult. §. 1. C. de ſent. paſſ.*

Exinde ex quo captus eſt] Hæc fictio eſt legis Corneliæ, *l. 12. qui teſtam. fac. §. ult. infr. quib. non eſt perm. fac. teſt.* eaque in omnibus patribus juris ſervatur, *l. in omnibus de capt.*

Ipſe quoque filius] Quapropter ſi verbi gratia in poteſtate fuit filius eo tempore, quo capiebatur, medio tempore patre mortuo, reverſus ſuus hæres patri erit, *l. 9. C. de poſtl. rev.*

Vinnius in Inſtitut.

A limine & poſt] De notatione nominis poſtli-
minii controverſia olim fuit inter Scævolam & 4
Servium, teſte *Cic. in Top.* Scævola junctum dicebat eſſe verbum à *poſt* quod reditum notat, & *limine*. Servius in eo nihil ſpectandum præter præpoſitionem *poſt*, reliquum productionis eſſe eamdem; *liminium*. Sed rectè Scævola, cui & Feſtus aſſentitur. Nam limen & limes exitu tantùm & flexionis modo differunt; origine autem (veniunt enim ab antiqua voce *limus*, quæ tranſverſum ſignificat) & primitiva notione idem ſunt, ſicut materia & materies, conjugio & conjuges, &c. quamquam uſu ſeriore factum eſt, ut limen magis ad privata, limes ad publica referretur. Sic veteres *eliminare* dicebant è finibus ejicere, & exilium nominabant *eliminium*, *Grot. d. cap. 9. in pr. Ioſ. Scal. annot. in Feſt.*

Ab hoſtibus recuperatur] Ad jus poſtliminii nihil intereſt, quomodò captus revertatur, utrùm dimiſſus, an vi vel fallacia, aut victis poſteà hoſtibus, ſivè ut Homerus *Odyſſ. 14.* ἢ δόλῳ, ἠὲ βίῃ, ἢ ἀμφαδὸν, ἠὲ κρυφηδὸν: ita tamen, ſi ea mente fuerit, ut illo non reverteretur, *l. nihil intereſt de capt.* Et ideò Attilium Regulum reſponſum eſt non eſſe poſtliminio reverſum, quia juraverat Carthaginem ſe reverſurum, *leg. 5. §. 3. d. tit. Grot. d. lib. 3. cap. 9.*

TEXTUS.

De Emancipatione, item de modis & effectibus ejuſdem.

6. Prætereà emancipatione quoque deſinunt liberi in poteſtate parentum eſſe. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis obſervationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones & intercedẽtes manumiſſiones celebrabatur, vel ex imperiali reſcripto. Noſtra autem providentia etiam hoc in melius per conſtitutionem reformationis: ut fictione priſtina exploſa, rectà via ad competentes judices, vel magiſtratus parentes intrent, & filios ſuos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps à ſua manu dimittant. Et tunc ex edicto prætoris in bonis ejuſmodi filii, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui, quæve à parente manumiſſus vel manumiſſa fuerit, eadem jura præſtantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti. Et præterea ſi impubes ſit filius, vel filia, vel cæteri, ipſe parens ex manumiſſione tutelam ejus nanciſcitur.

NOTÆ.

6. *Emancipatione*] Emancipatio hodie definiri poteſt actus legitimus, quo liberi à manu patris apud competentem judicem dimittuntur.

Per imaginarias venditiones] Lege 12. tab. cautũ fuit,

Digitized by Google

fuit, ut ſi pater, filium ter, cæteros liberos ſemel emancipaſſet, manumiſſi poſtea ab emptore ſui juris efficerentur, ille trina manumiſſione, hi unica. Ulp. *tit.* 10. *&* *l.* 8. §. 1. *de injuſt. rupt. l. pen. & ult. C. de emanc. lib.* Cajus *tit.* 6. §. 3. Dion. Halic. *lib.* 2. Boet. *in Top.* Ad cujus emancipationis imaginem poſtea inſtitutum, ut ſimulato & dicis cauſa hæc intervenirent.

Intercedentes manumiſſiones] Solebat autem pater naturalis ſibi cavere de liberis ſibi remancipandis, ut ipſe potiùs eos manumitteret, & jura patroni conſequeretur: quæ ſpecies dicitur fieri contracta fiducia, *l. ult. inf. de leg. agn. ſucc. l. 2. §. 15. ad ſen. Tertyll.*

Ex imperiali reſcripto] Anaſtaſii, qui etiam neglecta antiquæ emancipationis fabulæ, ex reſcripto Imperatoris liberos emancipari permiſit, *l. pen. C. de emanc. lib.*

Iudices vel magiſtratus] ἐξηγητικῶς, ne quis putet judices hic intelligi pedaneos, apud quos lege agi non potuiſſe conſtat. Extat conſtitutio Juſtiniani in *l. ult. C. de emanc. lib.*

A Parente manumiſſus] Id eſt, emancipatus, *tit. ſi à par. quis man.* redigebantur enim liberi priùs in ſervilem cauſam, licèt poſtea in imaginariam dumtaxat, *l. 3. §. 1. de cap. min.*

Quæ tribuuntur patrono] Emancipatus à parente liberti exitũ patitur, *l. 1. l. ſi à par. quis man.* puta in contra tabulas bonorum poſſeſſione, *d. l. 1.* & ſucceſſione legitima, §. *ult. inf. de leg. agn. ſucc.* ſed hoc mutatum, *Nov. 118. cap. 2.*

COMMENTARIUS.

1 *Vetus emancipandi ratio expoſita.*
2 *Patroni & parentis emancipatoris comparatio.*

ALius modus ſolvendæ patriæ poteſtatis hoc §. proponitur, nempè emancipatio: eaque dicitur olim celebrata fuiſſe per imaginarias venditiones & intercedentes manumiſſiones. Hoc
1 autem ut penitùs intelligatur, ſciendum eſt, lege Romuli cautum fuiſſe, atque à decemviris poſtea in quartam tabulam relatum, ut ſi pater filium ter, filiam autem & cæteros liberos ſemel mancipaſſet, hoc eſt, vendidiſſet, manumiſſi poſteà ab emptore ſui juris efficerentur, ille trina manumiſſione, hi unica. Ad cujus emancipationis imaginem atque uſurpationem vetuſtatis poſtea inſtitutum eſt, ut pater, ſimulato & dicis cauſa, accepto uno nummo, filium ter, cæteros liberos ſemel apud magiſtratum venderet, contracta cum emptore fiducia, qui ob id pater fiduciarius appellabatur, ut is acceptos manumitteret, filium ter, cæteros ſemel, atque ita liberi juris ac poteſtatis fierent. Solebat autem pater naturalis ſibi cavere de filio poſt tertiam mancipationem ſibi remancipando, itemque de cæteris liberis ſibi remancipandis, quo ipſe potiùs eos manumitteret, & jura patroni conſequeretur, quàm extraneus manumiſſor ſive emptor ille imaginarius. Atque hac cautione interpoſita in ſpecie dicitur emancipatio fieri contracta fiducia, §. *ult. inf. de leg. agn. ſucceſſ.* Hæc ex *Dionyſ. Halicarn. lib. 2. Boet. in Top. Cic. Cajo lib. 1. tit. 6. Ulpian. tit. 10. l. ult. Cod. de emanc. lib.*

Ex imperiali reſcripto] Hic modus emancipandi ab Imperatore Anaſtaſio introductus eſt, qui etiam neglecta antiquæ emancipationis fabula poteſtate ab Imperatore impetrata, ejuſque reſcripto apud magiſtratum exhibito, liberos emancipari permiſit, modò filius infante major conſentiret, *l. pen. C. de emanc. lib.*

Etiam hoc in melius renovavit] Nimirum quòd Anaſtaſius de precibus ſuper emancipatione Principi offerendis, ejuſque reſcripto priùs impetrando conſtituerat: ut jam ex conſtitutione Juſtiniani emancipatio etiam fiat ſola profeſſione patris apud competentem judicem denunciantis ſe filium ſuo juri permittere. Extat conſtitutio *l. ult. C. de emanc. lib.*

Ad competentes judices vel magiſtratus] Explicativè. Nam & magiſtratus, qui tribunali aut juriſdictioni præſunt, judices appellantur, *l. 1. de iudic. tit. de reb. auct. jud. poſſ.* & paſſim in conſtitutionibus poſteriorum Imperatorum. Quod moneo, ne quis putet judices hìc intelligi pedaneos, ſive qui à magiſtratibus cauſis privatis cognoſcendis & judicandis dabantur: apud quos lege agi non potuiſſe, pluſquàm manifeſtum eſt. Sed nec apud eum, cui mandata eſt juriſdictio, legis actionem fuiſſe, Marcian. & Ulp. teſtantur *l. 2. §. 1. l. ſeq. de offic. proconſ.* de quo plura ad §. 8. *inf. eod.*

A manu ſua dimittant] Manumitti non tantùm ſervi à domino, ſed etiam filii & filiæfamilia à patre dicuntur, pro emancipari, *tit. ſi à par. quis man.* propterea quòd jure antiquo in patris ſui manu mancipioque erant, & venditi ac mancipati in ſervilem cauſam redigebantur, licèt poſteà in imaginariam dumtaxat, *l. 3. §. 1. de cap. min.* Hinc emancipatus à parente liberti exitum pati dicitur, & parens patroni perſonam ſuſtinere, *leg. 1. d. tit.*

Ex edicto prætoris eadem jura] Nimirum ut parens exemplo patroni ad contra tabulas bono- 2
rum poſſeſſionem admittatur, ſi teſtamento facto ab emancipato præteritus, *d. tit. ſi à par. quis man.* Sed & jus legitimæ ſucceſſionis huic patri à Juſtiniano datum eſt, perindè quaſi contracta fiducia eum emancipaſſet, hoc eſt, ex lege fiduciæ ſibi remancipatum manumiſiſſet, §. *ult. inf. de leg. agn. ſucc.* Et hoc ad ſimilitudinem patroni, quem ad hæreditatem liberti inteſtato ſine liberis mortui jam olim lex 12. tabularum vocabat, *infr. de ſucceſſ. libert.* Non tamen uſque adeò exæquatur patrono parens, ut etiam liberi ejus ad ſucceſſionem aut contra tabulas bonorum poſſeſſionem veniant, *l. 1. §. liberos ſi à par. quis man.* aut ut etiam actio Calviſiana parenti detur, *l. 2. eod. tit.* aut denique ut rectè ſtipuletur à filio operas, *l. 4. eod.* Jure authentico pleniſſimè de ratione ſuccedendi cautum eſt, ex quo parens manumiſſor jure patroni, quoad emolumentum ſucceſſionis, uti deſiit. *Nov. 118. c. 2. Nov. 115. c. 4.*

Tutelam ejus nanciſcitur] Conſequens erant

eum

Digitized by Google

eum onus tutelæ ſubire, qui ſperaret ſucceſſionem, *l.1.de legit.tut.* Agitur de hac tutela *infr. tit.* 18.

Textus.

Si alii emancipentur, alii retineantur in poteſtate.

7. *Admonendi autem ſumus, liberum arbitrium eſſe ei, qui filium & ex ea nepotem vel neptem in poteſtate habet, filium quidem de poteſtate dimittere, nepotem verò vel neptem retinere: & è converſo filium quidem in poteſtate retinere, nepotem verò vel neptem manumittere: vel omnes ſui juris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta eſſe intelligentur.*

Notæ.

Nepotem manumittere] Notandum eſt, in filiofamilia idem eſſe, manumittere, ex poteſtate dimittere, ſui juris efficere, emancipare.

Commentarius.

Totus hic locus deſcriptus eſt ex Cajo *l. liberum 28. de adopt.* Illud hic quæritur, an ejus quoque, qui à parente manumittitur, voluntas ſpectanda ſit; an verò etiam invitus emancipari poſſit. Et puto idem hic dicendum, quod de eo dicitur, qui patre in adoptionem datur, §. *ſeq. l. neque abſens 24. de adopt. l.5. C. eod.* nimirum neceſſe non eſſe, ut expreſsè conſentiat. Cæterum non oportere eum diſſentire, aut contradicere, *arg. l. pen. in fin. C. de emanc. lib. Nov. 89. c.* 11. Paulus quoque *lib.2. ſent. 25. in fin.* ſcribit, invitum filiumfamilia non emancipari. An autem & quando, qui tacet, conſentire intelligatur, non eſt hujus loci diſputare. Tractant tamen hanc quæſtionem *Io. Fab. Aug. & Mynſ.* ad hunc locum.

Textus.

De adoptione.

8. *Sed & ſi pater filium, quem in poteſtate habet, avo, vel proavo naturali ſecundum noſtras conſtitutiones ſuper his habitas in adoptionem dederit, id eſt, ſi hoc ipſum actis intervenientibus apud competentem judicem manifeſtaverit præſente eo, qui adoptatur, & non contradicente, necnon eo præſente qui adoptat, ſolvitur quidem jus poteſtatis patris naturalis; tranſit autem in hujuſmodi parentem adoptivum, in cujus perſona & adoptionem eſſe pleniſſimam antea diximus.*

Notæ.

Noſtras conſtitutiones] *l. pen. & ult. C. de adopt.*
Et non contradicente] *d. l. ult. l.5. D. eod.*
Nec non præſente, qui adoptat] *l.25. §.1. eod.* & huc pertinet, *l. nemo 123. nemo alieno nomine lege agere poteſt*; nam adoptio eſt legis actio, ut dictum ſup.

Commentarius.

1 *Antiquitus neutiquam alieno nomine lege agi potuiſſe: eamque naturam actus voluntariæ juriſdictionis retinuiſſe.*
2 *Actus voluntariæ Iuriſdictionis expediri non poſſe apud eum, cui juriſdictio mandata eſt.*

Avo vel proavo naturali] Nam ſi extraneo in adoptionem datus ſit, jura patris naturalis integra manent, *l. pen. C. de adopt. §. 2. ſup. tit.* ubi dictum eſt.

Apud competentem judicem] Non apud judicem pedaneum, cujus nulla juriſdictio eſt: ſed apud ipſum magiſtratum, & eum, qui legis actionem habet, ut notavimus ad §. *hujus tit.* 6.

Et non contradicente] Hoc etiam paulò ante tetigi. Locus autem hic deſcriptus eſt ex *l. ult. C. de adopt. facit. l.5. ff. eod.*

Nec non eo præſente, qui adoptat] Abſens adoptare non poteſt, *leg. poſt mortem 25. §.1. de adopt.* quia, ut ait ibi Juriſconſultus, nemo per alium ejuſmodi ſolemnitatem peragere poteſt. Atque eò pertinere arbitror, quod regula juris in genere definit, neminem alieno nomine lege agere poſſe, *leg. nemo 123. de regul. jur.* Quod olim quidem commune fuiſſe veriſimile eſt omnium legis actionum, etiam earum, quibus cives inter ſe diſceptabant, & quæ pertinebant ad contentioſam juriſdictionem, *arg. pr. tit. de iis per quos ag. poſſ. inſ. lib.* 4. ſed poſteà proprium tantùm quorundam eſſe cœpiſſe, & maximè eorum actuum, qui quòd inter volentes expediuntur, dicuntur eſſe voluntariæ juriſdictionis; cujuſmodi ſunt manumiſſio, adoptio, emancipatio, quæ veterem naturam retinuerunt, *l.3. C. de vind. lib. l. neque 24. & l. ſeq. §.1. de adop.* etiam adoptio nova Juſtiniani, ut hic, & *d. l. ult. Cod. de adopt.* Idem quoque probabile eſt obſervatum fuiſſe in perſona magiſtratus. Exiſtimo enim nec hujuſmodi actus à magiſtratibus mandari potuiſſe, neve mandata juriſdictione tranſiſſe in eum, cui mandata eſſet, contra quam DD. vulgò ſentiunt, *arg. l.1. C de adopt. l. 1. §.1. l.3. de off. proc.* ex quibus locis diſcimus, ea, quæ ſunt voluntariæ juriſdictionis, non niſi apud eum expediri poſſe, apud quem plena legis actio eſt: eum autem, cui mandata eſt juriſdictio, talem juriſdictionem non habere, adeòque omninò non eſſe apud eum legis actionem. Negotium tamen facit *l.17. §.1. de man. vind.* Cujac. 1. *obſ.* 1. & 15. *obſ.* 19. negationem inſerit. Alii pro (*apud legatum ejus*) legunt (*Cæſaris*) ſuſpicantes errorem ex notis natum *ejus & Cæſ.*

Tranſit autem in parentem adoptivum) Per adoptionem igitur non efficitur filiusfamilia ſui juris, ſed vel in alienam familiam tranſit, vel remanet in poteſtate patris naturalis.

Digitized by Google

TEXTUS.

De Nepote nato poſt filium mancipapatum.

9. *Illud ſcire oportet, quòd ſi nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium tuum emancipaveris, vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua, nihilominus quod ex ea naſcitur, in poteſtate tua naſcitur. Quòd ſi poſt emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris ſui emancipati, vel avi adoptivi poteſtati ſubjicitur.*

NOTÆ.

9. *Prægnante nuru tua*] Nepos non ex nativitatis, ſed ex conceptionis tempore familiam ſortitur, quia ex eo tempore jam in rerum natura eſſe creditur, *l.7.l.pen.de ſtat. hom.* Ulp. *tit.5.* §. 9. Et ſic aliàs etiam ſpectatur tempus conceptionis, *l.7.§.1.de ſenat.l.17.§.1. de ſen. Trebell.*

COMMENTARIUS.

NEpos non ex nativitatis, ſed ex conceptionis tempore familiam ſortitur: quia ex eo tempore jam in rerum natura eſſe creditur *l. 7. l.pen. de ſtat. hom.* Sic & is qui conceptus eſt priùs, quàm pater ſenatu moveretur, ſenatoris filius intelligitur, *l.7.§.1.de ſenat.* Et reſponſum eſt, conditionem, *ſi ſine liberis*, defeciſſe, ſi ante deportationem patris liberi concepti ſint, licèt poſteà edantur, *l.ex facto 17. §.ex facto 5.ad ſen. Treb.*

TEXTUS.

An Parentes cogi poſſunt, liberos ſuos de poteſtate dimittere.

10. *Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi ullo penè modo poſſunt cogere parentes, de poteſtate ſua eos dimittere.*

NOTÆ.

10. *Ullo penè modo*] Ex Mart. *l.31.de adop.* Ait *penè*, quia excipiuntur quidam caſus, *l.ult.ſi à par. quis man. l. 92. de cond. & dem. l.32.de adops.l.12. C. de epiſc.aud.* Patre inceſtas nuptias contrahente, liberi ex priore matrimonio, ſupplicio patris ſui juris fiunt, *Nov.12.cap.2.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus modis more harum regionum parentum poteſtas ſolvitur.*

QUemadmodum liberi, qui vel ab initio ſui juris fuerunt, vel poſteà facti ſunt, inviti in poteſtatem patris non rediguntur, *l.ult.de his qui ſui vel al.jur.Nov. 89. cap.11.* ita nec vice verſa à liberis in poteſtate conſtitutis cogi parentes poſſunt, ut eos à poteſtate ſua dimittant, *l.non poteſt. de adops.l.nec avus, C. de emanc. lib.* ex quo loco etiam ratio hujus juris peti poteſt.

Penè] Ait, *penè*, propterea quòd aliquando audiuntur, qui emancipari deſiderant, ut impubes, qui adoptatus eſt, pubes factus, *l. nonnunquam 32.de adopt.* Sed & alios, ſi juſta cauſa ſit, audiri æquum eſt; veluti ſi à patre ad turpitudinem adigantur, *l.ſi lenones, C.de epiſc.aud.* aut malè contra pietatem afficiantur, *l.ult.ſi à par.quis man.* Sed & is filium emancipare cogitur, qui legatum ea conditione ſibi relictum agnovit, *l.ſi cui 92.de condit. & demonſt.* & jure noviſſimo etiam de poteſtate patris exeunt liberi, ſi pater inceſtas & nefarias nuptias contraxerit, *Nov.12.cap.2.*

Apud nos & in cœtero Belgio ſingularis illa Romanorum in liberos poteſtas incognita eſt, ut jam aliquoties diximus. Sed & jus, quod parentes in liberos habent, propriis quibuſdam modis ſolvitur; manente tamen ſemper naturali reverentiæ & obſequii debito. Primùm enim moribus noſtris exeunt liberi de poteſtate parentum non tantùm emancipatione illa expreſſa ſive Juſtinianea, cum apud magiſtratum de manu dimittuntur, ſed etiam tacito quodam emancipationis modo, permittente videlicet patre filium ſeorſum habitare, & mercaturam aut opificium aliquod exercere: at hac ratione liberi poteſtate patria ſoluti hoc conſequuntur, ut & bona ſua ipſi adminiſtrare & in judicio conſiſtere poſſint. *Chriſtin. d. vol. 4. dec. 186. n. 11. Grot. 1.manud.6.* Apud Friſios tamen hic modus receptus non eſt. *D.Io.à Sande lib.2.tit.7. defin. 6.* Secundò nuptiis quoque ſive matrimonio liberorum patris poteſtas ſolvitur: unde apud nos nulli liberorum ſunt in poteſtate avi, *Gudel. lib. 1. de jur. nov. cap. 13. Chriſtin.d.vol.dec.185.n. 7. Grot.d. loc.* quod ſecus fuiſſe jure Rom. oſtendimus ad §.*ult. ſup.de patr. poteſt.* Tertiò deſinunt liberi in poteſtate eſſe patris, ſi ei, ut prodigo, curatore dato bonis interdictum ſit, *Grot.d.loc.* quod & ipſum jure Ro. incognitum eſt. Poſtremò ſi quid liberis obvenerit, puta ex hæreditatibus, legatiſve aut donationibus propinquorum aut amicorum, earum quidem rerum cura atque adminiſtratio patri competit, ſed haud ſecus ac tutori aut curatori: ideòque hoc jus etiam ſolvitur, ubi liberi ad eam ætatem pervenerint, qua curatio finiri ſolet; nempe anno ætatis eorum vigeſimo quinto, *Gudel. d.c. 13. in fin. Tulden.com.hic c.2. Chriſtin. d.deciſ.186. num.9. ad Guid.Pap.qu.54. Boer. ad conſuet. Bitur.de jur. perſ. Pet. Greg.11. ſyntagm.c.10. Groenev.de legib. abrog.ad hunc tit.*

Titulus Decimuſtertius.

DE TUTELIS.

Dig. tit. 1. lib. 26. & Novell. 72.

Ratio Ordinis.

HUc uſque dictum eſt de iis, qui ſunt juris alieni, quæ prima pars eſt diviſionis ſupra poſitæ *tit.* 8. Supereſt, ut ad eos nos conferamus, qui ſui juris ſunt, quos pars altera dictæ diviſionis complectitur.

Textus.

De Perſonis ſui juris.

Tranſeamus nunc ad aliam diviſionem perſonarum. Nam ex his perſonis, quæ in poteſtate non ſunt, quædam vel in tutela ſunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his, quæ in tutela, vel curatione ſunt. Ita enim intelligemus cæteras perſonas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius diſpiciamus de his, qui in tutela ſunt.

Commentarius.

Summa reliquorum hujus libri capitum.

1 NAm ex his perſonis] Eorum, qui ſui juris ſunt, quidam ſunt in tutela, alii in curatione, cæteri neutro jure tenentur: quæ poſterioris patris illius, quam dixi, diviſionis ſubdiviſio eſt. In hac autem parte prima exponitur, quid ſit tutela: deinde ſpecies ejus ſingulæ ordine explicantur: tum de vi atque effectu tutelæ ſine auctoritate tutorum porro agitur: ac mox de contrariis, & quibus modis tutela finitur. Inde ad curationem ac curatores progreſſio fit. Poſtremò tractatur de ſatiſdationibus, excuſationibus & ſuſpicionibus, quæ utriuſque muneris communia ſunt.

In poteſtate non ſunt] Patria ſc. vel dominica, in qua qui ſunt, non ſui, ſed alieni juris ſunt: alioqui & tutela ſpecies quædam eſt poteſtatis, (quod verbum & alia plura ſignificat, *l. poteſtatis 215. de verb. ſign.*) ſed quæ ad ſtatum, & caput ejus, qui in tutela eſt, non pertinet, nec ad commodum tutoris comparata eſt, ſicut patria & dominica ad patris & domini. Pupillus enim non in manu aut familia tutoris, ſed ſui juris eſt; nec illi acquirit, ſed ſibi, ut loquitur Spartian. in Aureliano.

Textus.

Tutelæ definitio.

1. *Eſt autem tutela (ut Servius definivit) vis ac poteſtas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem ſe ipſe defendere nequit, jure civili data ac permiſſa.*

Notæ.

1. *Vis ac poteſtas*] Ita & §. *ſeq.* & *Servius l. 1. hoc tit.* Hæc duo quoque junguntur, §. 3. *inſ. de interd. l. 17. de legib. l. 7. C. de codic.* Cic. 1. *de nat. Deor.* Gloſſ. Baſil. δύναμις κ̓ ἐξουσία. Theophil. δίκαιον κ̓ ἐξουσία, *jus & poteſtas*; ſignificatur autem verbis iſtis facultas & jus pro auctoritate quid faciendi.

In capite libero] ἀρχαϊκῶς pro *in caput liberum*, ut in 12. tab. *in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto*, item in formula abrogationis. Gell. 5. 19. & Cic. pro *dom.* Caput autem liberum pro pupillo & perſona, quæ ſui juris eſt, *d. c. 19.*

Per ætatem] In Florent. eſt *propter ætatem*, *leg. 1. eod. propter ætatis infirmitatem.* Ulp. *tit.* 11. διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελές. Theoph.

Commentarius.

VIs ac poteſtas] Ita & in *l. 1. pr. h. eod.* Generis loco ponitur *vis ac poteſtas*, quę duo frequenter conjunguntur, ut in *leg. ſcire de legib. §. adipiſcendæ inſ. de interd.* & ſignificant δύναμιν ἐξουσίας, ſive facultatem aut jus pro auctoritate quid faciendi ſtatuendive, tum in perſona pupilli, tum in rerum pupillarium adminiſtratione, ὁμωνυμία in verbo poteſtatis jam notata eſt.

In capite libero] Objectum tutelæ, & eſt vetus locutio, pro *in caput liberum*, ut in illo 12. tabularum; *Si furioſus exſtat, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto.* Item in formula abrogationis apud *Agell. 5. cap. 19. Utique ei vitæ neciſque in eo poteſtas fiet.* Caput autem liberũ pro homine libero veteres dicebant. Cicero 4. *Verrin. Hic de capite libero judicabit.* Hinc caput liberum facere, apud Plaut. *Mercat.* pro manumittere, & eos plerumque, qui etiam ſui juris eſſent, hoc verbo intelligebant: quomodò Agellius d. loco pupillum caput liberum appellat, id eſt, ſui juris. Alii hæc verba ad tutorem referunt, quod etiam per me licet.

Ad tuendum eum] Hæc verba finem tutelæ indicant, & ſimul officium tutoris: nam ut tutela pupillorum gratia conſtituta eſt, ita & ad utilitatem eorum tota referenda. Diſtinguunt itidem tutelam à patria poteſtate, quæ magis ipſius patris cauſa comparata eſt, ſicut & dominica domini, cujuſque vis non minùs in coercendo, quàm in tuendo filio poſita eſt. Innuunt

Digitized by Google

nuunt prætereа tutorem principaliter perſonæ dari, non certæ rei aut cauſæ, in quo differt à curatore, §. 4. *ſeq. tit. junct.* §. 2. *inſ. de curat.*

Qui per ætatem ſe ipſe defendere] His verbis diſtinguitur tutela à curatione: quippe quæ comparata eſt eorum omnium cauſa, qui rebus ſuis ipſi ſupereſſe non poſſunt, licèt propter aliam cauſam, quàm ætatem: ut ſunt furioſi, prodigi, mente capti, & qui perpetuo morbo laborant. §. 3. & 4. *inſ. de curat.* In Florent. eſt, *propter ætatem Theoph.* διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελές.

Jure civili data ac permiſſa] Clauſula hæc ad definitionem neceſſaria non eſt, ſed ideò adjecta, ne quis putet, hanc poteſtatem temerè & pro arbitrio à quibuſvis poſſe uſurpari, aut ad eos, qui non ſunt cives Romani, pertinere: nam tutela licèt ortum ex jure gentium trahat, ad jus tamen civile refertur eo modo, quo pleraque alia, ut nuptiæ, patria poteſtas, teſtamenta, & cætera id genus.

Data ac permiſſa] Datur legitima, hoc eſt, legitimi tutores immediatè ſine facto teſtatoris aut magiſtratus à lege ad tutelam vocantur, *l. 5. in pr. de lege tut.* Permittitur, quæ priùs data eſt aut teſtamento, aut à magiſtratu, illa leg. 12. tabb. *l. 1. de teſt. tut.* hæc aliis legibus & conſtitutionibus, *inf. de Attil. tut.* Atque hinc etiam peti poteſt aliqua tutelæ diviſio tamquam à cauſa efficiente, partim proxima, partim remota.

TEXTUS.

Definitio & Etymologia Tutoris.

2. *Tutores autem ſunt, qui eam vim ac poteſtatem habent, exque ipſa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores, quaſi tuitores atque defenſores; ſicuti æditui dicuntur, qui ædes tuentur.*

COMMENTARIUS.

QVi eam vim ac poteſtatem] Si tutela eſt poteſtas ad tuendum eum, qui in tutela eſt; qui eam poteſtatem habet, rectè tutor dicitur, argumento à conjugatis.

Tutores quaſi tuitores] Ἐτυμολογία, ſive notatio verbi tutoris, *l. 1.* §. 1. *eod.* Tutela quoque idem erat veteribus, quod tuitio, ſicut cautela idem quod cautio.

Sicuti æditui] Æditutus eſt ædis ſacræ tuitor, id eſt curam agens, auctore Feſto. Veteribus dicebatur *ædituмus*, ſi Gellio credimus *lib. 12. cap. 10.* ἱεροφύλακα vocat Scævola *l. 20.* §. 1. *de ann. legat.*

TEXTUS.

Quibus teſtamento tutor datur, & primùm de liberis in poteſtate.

3. *Permiſſum eſt itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in poteſtate habent, teſtamento tutores dare. Et hoc in filios filiaſque procedit omnimodo; nepotibus verò neptibuſque ita demum parentes poſſunt teſtamento tutores dare, ſi poſt mortem eorum in poteſtatem patris ſui non ſunt recaſuri. Itaque ſi filius tuus mortis tuæ tempore in poteſtate tua ſit, nepotes ex eo non poterunt ex teſtamento tuo tutores habere, quamvis in poteſtate tua fuerint: ſcilicet quia mortuo te in poteſtatem patris ſui recaſuri ſunt,*

NOTÆ.

3. *Liberis impuberibus*] Etiam exhæredatis, *l. 4. de teſt. tut.* Nec obſtat *l. 73.* §. 1. *de reg. jur.* quoniam exhæredatio non extinguit jus ſui hæredis, aut impuberem facit ſuæ poteſtatis, §. 4. *inſ. de pup. ſubſt.*

Quos in poteſtate habent] Tutela jure patriæ poteſtatis mandatur, *l. 40. de adm. tut. l. 1. de teſt. tut. d. l. 73.* §. 1. itaque nec pater filio emancipato, nec mater liberis tutorem jure dare poteſt; ſed opus eſt confirmatione, *tit. de conf. tut.*

Teſtamento] Codicillorum uſu recepto, etiam codicillis teſtamento confirmatis dari tutores cœperunt, *l. 3. de teſt. tut.*

In poteſtatem patris] *L. 1.* §. *ult. eod.* quippe tutorem habere non poteſt, qui eſt in poteſtate patris: nec dari, niſi ſuo hæredi, *l. 73.* §. 1. *de reg. jur.* junct. §. 2. *inf. de hær. qual.*

Non poterunt ex teſtamento, &c.] Eſt tamen caſus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater ſuperſtes eſt in poteſtate, *l. 10.* §. 2. *de teſt. tut.*

COMMENTARIUS.

SPecies tutelæ tres ſunt, teſtamentaria, legitima, & Attiliana ſive dativa, quas nunc ordine perſequitur, initio facto à teſtamentaria, quæ reliquis duabus potior eſt, *inf. tit. 15. in pr. l. 9.* §. 1. *in fin. de tut. & rat. diſt.* ſicut & in deferenda hæreditate potior cauſa eſt hæredum ex teſtamento, quàm ab inteſtato, *l. quamdiu 39. de acq. hær. l. 89. de reg. jur.* Ait, permiſſum eſſe parentibus liberis impuberibus, quos in poteſtate habent, teſtamento tutores dare, paucis verbis complectens & perſonam dantis, & ejus, cui datur, & formam dandi ſive modum. In perſona dantis exigit, ut ſit parens: in perſona eorum, quibus datur, ut ſint liberi, ut impuberes, ut ſint in poteſtate dantis: ſunt & qui quartum re-

qui-

Digitized by Google

quirunt, ut hæredes inſtituantur, contra expreſſum textum *l. 4. de teſt. tut.* & jus veteris patriæ poteſtatis, *arg. §. 4. inſ. de pup. ſubſt.* In modo dandi, ut detur teſtamento. Teſtamento autem datus etiam is accipitur, qui codicillis teſtamento confirmatis ſcriptus eſt, *leg. 3. de teſt. tut.*

In filios filiaſque, &c.] Lex duodecim generali vocabulo liberorum uſa eſt ſine diſcrimine ſexus aut gradus. Sive igitur fœminæ ſint, quibus tutor datus eſt, ſive maſculi, ſive filii, ſive nepotes, quia hi omnes appellatione liberorum continentur, *§. ult. ſeq. tit.* valet datio. Cæterum in nepotibus non aliter procedit, quàm ſi poſt mortem avi in poteſtatem patris ſui non recidant: quippe tutorem habere non poteſt, qui eſt in poteſtate patris, *hoc tit. in pr.* Deinde nepos quamdiu pater eum in familia præcedit, non eſt ſuus hæres avo, *§. 2. inſ. de hær. qual. & diff.* tutor autem dari non poteſt, niſi ſuo hæredi, *l. qui tutela 73. §. 1. de reg. jur.*

TEXTUS.

De Poſthumis.

4. *Quum autem in compluribus aliis cauſis poſthumi pro jam natis habeantur, & in hac cauſa placuit non minùs poſthumis, quàm jam natis tutores dari poſſe, ſi modo in ea cauſa ſint, ut, ſi vivis parentibus naſcerentur, ſui hæredes; & in poteſtate eorum fierent.*

NOTÆ.

4. *Pro jam natis*] Quoties de eorum commodo quæritur, ut hic, *l. 7. l. pen. de ſtat. hom.* aliis autem non proſunt, niſi nati, *l. 231. de verb. ſign.* exemplum in *l. 2. §. 6. de exc. tut.*

Sui hæredes, & in poteſtate] *leg. 73. §. 1. de regul. jur.* nec minùs tamen utilis eſt tutoris datio, ſi nati ſint vivo patre, *leg. 16. §. ult. de teſtam. tut.*

COMMENTARIUS.

QUod de tutore liberis jam natis dando dictum eſt, id hic etiam ad poſthumos producitur, hoc eſt, ad eos, qui tempore facti teſtamenti adhuc in utero ſunt. Et ait Imp. etiam his teſtamento tutores dari poſſe, hac ratione, quia qui in utero ſunt, pleriſque juris articulis pro jam natis habentur; nempe quoties de commodo eorum quæritur, ut in caſu propoſito, *l. 7. & l. pen. de ſtat. hom.* Poterat & à jure patriæ poteſtatis ratio peti, *arg. §. 1. inſ. de ex hær. lib. §. 4. inſ. de pup. ſubſt.*

Sui hæredes & in poteſtate] Nempe quemadmodum nemo liberis jam natis tutorem dare poteſt, niſi quos in poteſtate & in ſuis hæredibus, cùm moritur, habet; ita nec poſthumis poteſt, niſi iis, qui, ſi vivo parente naſcerentur, ſui hæredes & in poteſtate ejus futuri eſſent. Utrumque Q. Mucius paucis complectitur; *Nemo*, inquit, *poteſt tutorem dare cuiquam, niſi ei, quem in ſuis hæredibus, cùm moritur, habuit, habiturusve eſſet, ſi vixiſſet, l. quo tutela 73. §. 1. de reg. jur.* Eſt tamen caſus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater ſuperſtes in poteſtate eſt, *l. 10. §. 1. ff. de teſtament. tut.*

TEXTUS.

De Emancipatis.

5. *Sed & ſi emancipato filio tutor à patre datus fuerit teſtamento, confirmandus eſt ex ſententia præſidis omnimodo, id eſt, ſine inquiſitione.*

NOTÆ.

5. *Emancipato filio*] Idem eſt, ſi etiam non emancipato datus ſit codicillis non confirmatis, *l. 1. §. 1. de confirm. tut.*

Omnimodò] Ita *ὡς τὸ πλεῖστον, ut plurimum d. l. 1. §. 2.* interdum enim à voluntate patris recedet prætor, *leg. 8. & 2. ſeq. eod. l. 4. de teſt. tut.*

Sine inquiſitione] & ſine ſatisdatione, *d. l. 4. d. l. 1. §. 2. l. 6. eod.* A matre autem datus filio inſtituto (nam exhæredato à matre dari non poteſt, *d. l. 4.*) non ſatisdat quidem, ſed ex inquiſitione confirmatur, *l. 2. de conf. tut. d. l. 4.* Ex *l. 4. C. de teſt. tut.* Tollenda eſt negatio in illo loco, *quando autem eos hæredes (non) inſtitueris*. Cujac. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Quibus ex rebus æſtimandum, an tutor jure datus ſit.*
2 *In quibus differat confirmatio tutoris à patre non ritè dati, & dati à matre, vel extraneo.*
3 *Explicatio l. 4. C. de teſt. tut.*
4 *Confirmatos tutores non pro dativis, ſed pro teſtamentariis habendos.*
5 *In his regionibus ferè duo tantùm eſſe genera tutorum, remiſſivè.*

E*Mancipato filio*] Dicimus *tit. præc. §. præterea*, liberos per emancipationem poteſtate patris ſui liberari; quamobrem pater non jure, neque ex præſcripto legis 12. tab. tutorem dat filio emancipato; ſed tamen qui ita non jure datus eſt, confirmatur auctoritate magiſtratus, 1
& quidem ſimpliciter, ſive omnimodò, ut hic loquitur Juſtinianus, id eſt, ſine inquiſitione, ſitne idoneus, necne. Locus poſtulat, ut de confirmandis tutoribus paulò, quàm hic factum eſt, differamus accuratiùs. An tutor jure datus ſit, ex hiſce tribus potiſſimùm æſtimatur; ex perſona dantis, ſi parens eſt; ex perſona eorum, 1
quibus datur, ſi ſint liberi impuberes & in poteſtate dantis; ex modo dandi, ſi detur teſtamento aut codicilis teſtamento confirmatis,

§. 3.

§.3. *ſup. eod.* Quapropter ſi quis alius, quàm paſens, tutorem dederit; aut parens quidem, ſed dederit liberis, licèt impuberibus, qui in ejus poteſtate non ſunt; aut non dederit teſtamento ſive codicilis teſtamento confirmatis, datio ipſo jure non valet. Cæterum cùm reverentiæ, tum affectui eorùm, qui impuberibus non legitimè tutores dederunt, tributum eſt, ut quod deficit, à magiſtratu repleatur, datique confirmentur, *l. 1. §. 1. de conſ. tut.* Confirmatio autem

2 hæc non eſt unius modi. Intereſt enim, an pater tutorem non jure dederit, an quis alius præter patrem. Judicio patris hoc datum, ut ſi is aut non juſto teſtamento, aut codicillis non confirmatis, aut quocumque modo filio emancipato tutorem dederit, ſcriptus tutor ſimpliciter confirmandus ſit, hoc eſt, ſine inquiſitione, & ſatiſdatione ei remiſſa, *hoc text. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. de confirm. tut.* niſi quòd ex cauſa nonnumquam inquiſitio fiat, ut in caſibus, *l. 8. & 2. ſeqq. d. tit. l. 4. de teſt. tut. l. 3. §. 3. de admin. tut.* & quod in naturalibus liberis diſtinguitur, utrùm pater, qui tutorem dedit, aliquid iis reliquerit, an nihil *l. 7. d. tit. l. ult. C. eod.* Quòd ſi alius, quàm pater, tutorem dederit, ſive mater ſit, ſive patronus, ſive extraneus quis, non aliter hic tutor confirmatur, quàm ſi & hæres impubes inſtitutus ſit, *l. 4. de teſt. tut. l. 4. de conf. tut.* quæ etiam ratio eſt, cur datio ſuſtineatur, *d. leg. 4. de confirm. tut.* & inquiſitio præceſſerit, *l. 2. l. 5. d. tit. l. qui in tutelam 28. §. 1. de teſtam. tut.* Hoc intereſt, quòd à matre datus ſatiſdatione non oneratur, ſed ab ipſo prætore ex inquiſitione confirmatur, *l. 2. de conf. tutor.* cæteri ferè remitti ſolent ad magiſtratus municipales confirmandos præſtita ſatisdatione,

3 *l. 5. d. titul.* Quod autem diximus, à matre datum tutorem non aliter confirmari, quàm ſi hæredem filium inſtituerit, ei obſtat *l. 4. Cod. de teſtam. tut.* ubi & liberis non inſtitutis à matre datum confirmari ſolere reſcriptum eſt. Reſpondent nonnulli, hoc fieri ſolitum non ex juris aliqua conſtitutione, ſed ex uſu; quod non placet. Nam retenta lectione negativa hæc erit reſcripta ſententia, quòd tutor à matre liberis inſtitutis teſtamento datus, rectè datus intelligatur, nec egeat confirmatione: ſecus ſi non inſtitutis, id eſt, præteritis aut exhæredatis dederit; quod apertè falſum eſt. Tollenda omninò in *d. leg. 4.* negatio cum Cujacio & Fabroto, ex illis verbis: *Quando autem eos hæredes (non) inſtituerit*, quomodò, detracta ſcilicet negatione, & in quibuſdam codicibus legi teſtatur Pacius. Ita omnia & inter ſe & cum ratione juris optimè convenient. Ne quis enim ex eo, quod ſimpliciter dixerat Imperator, non poſſe matrem filiis teſtamento tutorem dare, niſi eos hæredes inſtituerit, putaret, cùm eos hæredes inſtituerit, dationem ſuſtineri ipſo jure; mox quomodò hoc, quod dixerat, intelligendum ſit, declarat, nempe etſi ne tunc quidem cum liberis inſtitutionis mater tutores dat, ipſo jure datio valeat, datùm tamen à præſidibus confirmari ſolere. Et ſic benè quoque ſe habent illa ſequentia, *Nullo verò ex his interveniente, &c.* nempe ſi aut mater non inſtituto filio tutorem dederit, aut inſtituto datus non ſit confirmatus. Porrò 4

tutores ita confirmati ſub eodem genere cum teſtamentariis comprehendi poſſunt. Primum quia perinde confirmati dicuntur, ac ſi ex teſtamento tutores eſſent, *l. 3. eodem*, niſi quòd à matre aut ab extraneo dati ex inquiſitione confirmentur, quod naturam tutoris non mutat, *arg. l. 8. & ſeqq. eod.* Deinde quia confirmatio non pendet à voluntate & ſola poteſtate confirmantis, ſed magis in neceſſitate juris poſita eſt: tenetur enim Prætor datum confirmare, & judicium defuncti, cujus proindè potiſſima ratio habetur, in confirmando ſequi, *l. 1. §. 1. eod. l. Neſennius 32. de excuſ.* Unde apparet etiam, ante quàm confirmentur, pro teſtamentariis quadantenus haberi, ut legitimis præferantur; & malè ratiocinari eos, qui ob id, quòd is, qui confirmat, aliquando dare cenſetur, per *l. lege 130. de verb. ſign.* tutorem confirmatum pro dativo potiùs, quàm teſtamentario habendum exiſtimant, confundentes confirmationem neceſſariam cum ea, quæ tota pendet ab arbitrio & voluntate confirmantis. Denique teſtamentariùs curator disertè appellatus, qui teſtamento datus confirmatus eſt, *l. 7. rem. pup. ſalv. fore.* Planè non omnes hujus tutelæ ſpecies æquè propè 5

ad teſtamentariam accedunt; nec repugno, ſi quis mixtam dici malit. Apud nos ferè duo tantùm ſunt tutorum genera; unum eorum, qui teſtamento; alterum, qui à magiſtratu dantur: nec refert, à patre, an à matre dentur; teſtamento, an codicillis. Legitimorum autem tutorum vix apud nos uſus eſt: quamquam ubi teſtamento de tutela nihil cautum eſt, ſolent & tenentur magiſtratus audire cognatos pupilli proximos, atque ex iis, qui modò idonei ſint, tutores creare, vid. quæ notamus *infr. in fin. tit. de leg. agn. tut.*

Digitized by Google

TITULUS DECIMUSQUARTUS.
QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

Con. lib. 26. tit. 2. Cod. lib. 5. tit. 28.

Continuatio & argumentum Tituli.

SVperiore Titulo dictum eſt de iis, qui teſtamento tutores dare & quibus poſſunt: quæ quidem ſola ſpectantur, ſed tunc tantùm, cùm is, qui datus eſt, & tutor eſſe poſſit; de quo nunc deinceps diſputatur, & ſimul de modis teſtamento tutores dandi, deque intellectu atque interpretatione nonnullorum verborum, quibus teſtator in dando tutore uſus ſit.

TEXTUS.

Qui tutores dari poſſunt.

Dari autem tutor poteſt teſtamento non ſolùm paterfamilias, ſed etiam filiusfamilias.

NOTÆ.

Etiam filiusfam.] Filiusfam. in publicis cauſis pro patrefam. habetur, veluti ut magiſtratum gerat, ut tutor ſit, *l. 9. de his qui ſui vel al. jur. l. 14. ad Treb.*

COMMENTARIUS.

SEd etiam filiusfam.] Idque non teſtamento ſolùm, ſed etiam à magiſtratu, *leg. 7. de tutel.* Nec obſtat, quòd filiusfam. in poteſtate patris eſt: nam tutela munus eſt publicum, *inſ. de excuſ. in pr.* In publicis autem cauſis filiusfam. non ſequitur jus patris, ſed pro patrefam. habetur, *l. 9. de his qui ſui vel. al. jur. l. 14. ad Treb.* Etenim qui eſt in aliena poteſtate, alium in poteſtate habere non poteſt, *l. ſic eveniet 21. ad leg. Iul. de adult.* Verum hoc eſt, ſed de eodem genere poteſtatis accipiendum.

TEXTUS.

De Servo.

1. *Sed & ſervus proprius teſtamento cum libertate rectè tutor dari poteſt. Sed ſciendum eſt, & ſine libertate tutorem datum, tacitè libertatem directam accepiſſe videri, & per hoc rectè tutorem eſſe. Planè ſi per errorem, quaſi liber, tutor datus ſit, aliud dicendum eſt. Servus autem alienus purè inutiliter teſtamento datur tutor: ſed ita,* Quum liber erit, *utiliter datur. Proprius autem ſervus inutiliter eo modo tutor datur.*

NOTÆ.

1. *Servus proprius cum libertate*] Veluti *Servus meus Davus liber & tutor eſto.*

Sine libertate] Hoc modo, *Davus ſervus meus tutor eſto.*

Libertatem directam] *l. 32. §. 2. de teſt. tut. l. pen. C. de nec. ſerv. man.* Imò fideicommiſſariam, Cujac. Vult. Bach. per *l. 9. C. de fideic. hær.* Reſp. *d. l. 9.* accipienda de eo caſu, quo ſervus tutor datus eſt codicillis, vel verbis precariis, veluti, *Peto à te hæres, ut Davus ſit tutor liberis meis*, ut *in l. 1. §. 1. de conf. tut.*

Per errorem] Eò quòd teſtator liberum eſſe putabat, cùm eſſet ſervus, *l. 22. de teſt. tut. l. 24. §. 9. de fideic. lib.* ἐπειδὴ ἐπιτλάνηται περὶ τὴν τύχην αὐτοῦ ὁ διατιθέμενος, ut ibi Græci.

Servus alienus purè inutiliter] Intellige quoad verba & ſententiam: nam illa datio *Davus tutor eſto*, non eſt pura quoad ſententiam, cùm ſubaudiatur conditio, *cùm liber erit.* Ita Cont. ne obſtet *l. 10. §. ult. eod.*

Proprius inutiliter eo modo] Nec hæres eo modo rectè inſtituitur, *leg. 21. de cond. inſt.* quoniam quod in noſtra poteſtate eſt, in caſum conferri non oportet, *l. 22. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Veterum ſententiæ conſentaneum eſſe, quod ait Iuſtinian. ſervum proprium ſimpliciter tutorem datum directò liberum fieri.*

NOn ſolùm liberi homines teſtamento tutores dari poſſunt, ſed etiam ſervi: quia & cum ſervis teſtamenti factio eſt, *l. teſtamento 21. de teſt. tut. §. in extraneis inſ. de hær. qual. & diff.* Diſputatur autem hoc §. de triplici forma mandandæ ſervis tutelæ, tum propriis, tum alienis. Prima hæc eſt; *Davus tutor & liber eſto*: ſecunda *Davus tutor eſto*: tertia; *Davus tutor eſto, cùm liber erit.* De prima ſpecie in ſervo proprio nulla eſt controverſia: in alieno favor pupilli & publicæ utilitatis libertatem fideicommiſſam ſervo defendit, ut nimirum hæres eum à domino emat & manumittat, *l. 10. in fin. de teſt. tut.* De ſecunda, quod quidem attinet ad ſervum proprium, Juſtinianus hîc directam libertatem tacitè accepiſſe ſcribit, ac per hoc rectè tutorem eſſe: quod & Paulus non obſcurè indicat, *l. quæro 42. in fin. d. tit.* cum dicit, hoc ipſo, quòd à domino tutor datus eſt, libertatem quoque meruiſſe videri, eamque ſibi vindicare poſſe, & ab adita hæreditate liberum eſſe. Tertia in alieno ſervo utilis in pro-

Digitized by Google

in proprio inanis & ludicra judicatur, tamquàm ſi quis diceret, hæc res tibi empta ſit, ſi voluero.

Directum] Directa libertas dicitur, quæ recta ex teſtamento ad ſervum tranſit ſine alterius facto aut opera, §. 1. *inſ. de ſign. reb. per fid.* Putat Cujacius, eumque ſecuti Vultejus & Bachov. hoc à Juſtiniano primùm conſtitutum eſſe: ſed eos refellit tum locus Pauli modò allegatus, tum quod Juſtinian. ſcribit, *l. pen. C. de nec. ſerv. hær. inſt.* jure civili jam ante inductum fuiſſe, ut ſi quis ſervum ſuum ſine libertate tutorem dediſſet, ex ipſa tutelæ datione libertatem ei impoſuiſſe præſumatur. Deinde quod idem mox conſtituit in ſervo omiſſa libertate hærede inſtituto, quod antea non obtinebat, *inſ. de hær. inſt. in pr.* nimirum ut hoc ipſo, quòd hæres inſtitutus eſt, etiam libertas ei impoſita videatur, ad exemplum ſervi ſimpliciter tutoris dati. Atqui ſervum ſimplicite hæredem inſtitutum, nemo eſt qui negare poſſit, directò ex teſtamento liberum fieri ex conſtitutione Juſtiniani. Poſtremò cui datur fideicommiſſaria libertas, is non niſi volens & petens fit liber. Servus proprius tutor datur neceſſariò. Non obſtat quod dicitur in *l. 10. in fin. de teſt. tut.* nihil intereſſe, ſuum ſervum, an alienum quis tutorem dederit: hoc enim ad voluntatem dandæ libertatis, non ad qualitatem datæ referendum eſt: ſiquidem ſervo alieno non niſi fideicommiſſaria defendi poteſt. Magis obſtat *l. etſi 9. C. de fid. lib.* Communis reſponſio eſt, eum locum accipiendum eſſe de eo caſu, quo ſervus tutor datus eſt codicillis, vel verbis precariis, veluti: *Peto à te, hæres, ut Stichus ſit tutor liberis meis.* Quod etiam verba d. l. *per fideicommiſſum manumiſiſſe*, ſignificant. Per fideicommiſſum enim nihil aliud eſt, quàm verbis fideicommiſſi, quibus ut tutor eſſet, petierat, *arg. l. qui tutelam 28. §. 1. de teſt. tut.* Franc. de Amaya nobiliſſimus Hiſpaniæ Juriſconſultus putat, veteres ipſos hic inter ſe non conveniſſe, *lib. 1. jur. obſ. c. 7.*

Per errorem] Quòd liber putaretur: quo caſu ſervo tutelam mandare voluiſſe nemo creditur, *l. ſi quis 22. de teſt. tut. l. generaliter 24. §. ſi quis tutorem de fideic. lib.*

Purè manuliter] Hoc eſt, abſque conditione, *cùm liber erit*. Quid igitur eſt, quod Ulpian. ait *d. l. 10. §. ult. de teſt. tut.* in hac datione ſemper ineſſe hanc conditionem, *cum liber erit?* An dicemus, hoc contra rationem juris benignè receptum eſſe? An potiùs ſententiam teſtatoris inſpiciendam, ut ſi hæc non refragetur, valeat; ſi manifeſtè repugnet, datio ſit inutilis, *d. l. 10. in fin.* Quid enim, ſi ita verbis purè datus eſt, ut nec ſententia eum liberum eſſe teſtator voluerit, veluti ſi liberum eum eſſe jam ante exiſtimavit? & hoc verum eſt.

TEXTUS.

De furioſo & minore 25. annis.

2. *Furioſus vel minor viginti quinque annis tutor teſtamento datus, tutor tunc erit, quum compos mentis, aut major viginti quinque annis fuerit factus.*

COMMENTARIUS.

Tutores teſtamento dari poſſunt non ſolùm qui tempore facti teſtamenti jam idonei ſunt ad tutelam adminiſtrandam, verùm etiam qui eo tempore idonei non ſunt, modò tales ſint, ut natura poſtea idonei fieri poſſint, quales ſunt furioſi, & minores 25. annis.

Quum compos mentis] Procul videbatur, furioſum teſtamento tutorem purè dari non poſſe, *l. 10. §. 3. de teſt. tut.* Et videri poteſt pater non ſatis ſeriò agere, qui eum tutorem purè dat, quem ſcit tutelam gerere non poſſe. Sed placuit etiam, hoc patri licere, quaſi tacitè ſub hac conditione detur, ut tutor ſit, cùm ſapere cœperit, *d. l. 10. §. 3. l. 11. de tutel.* Medio autem tempore tutor aut curator à magiſtratu dabitur, *inſ. de Attil. tut. §. 1. & inſ. de curat. §. ult.*

Major 25. annis] *l. quæro §. ult. de teſt. tut.* Et hic interim uſque ad legitimam dati tutoris ætatem alius à magiſtratu dabitur, *l. 10. §. ſi libertus de excuſ.* Rectè autem hic monet D. Bachovius, ponendos eſſe terminos habiles, ut minor, qui tutor datus eſt, ejus ſit ætatis, ut ante pubertatem pupilli annum 25. implere poſſit: alioqui dationem eſſe luſoriam, ac protinus à magiſtratu tutorem dandum; quod ſic accipe, ſi legitimum tutorem pupillus non habeat.

TEXTUS.

Quibus modis tutores dantur.

3. *Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel ſub conditione, vel ante hæredis inſtitutionem poſſe dari tutorem non dubitatur.*

NOTÆ.

3. *Ex certo tempore, vel ſub conditione*] *l. 8. §. 1. & de teſt. tut. l. 14. §. 3. & ult. de l. 11. de teſt. tut.* Et medio tempore locus erit Attiliano, *l. 11. de teſt. tut.* Hæc autem propria ſunt tutelæ teſtamentariæ ex interpretatione verborum legis 12. *Uti quiſque legaſſit &c.* Magiſtratibus non eadem libertas data, *l. 6. §. 1. de tutel.*

COMMENTARIUS.

1 *Servum, furioſum, minorem 25. annis, à magiſtratu non rectè tutorem dari, neque tutorem temperi aut conditioni adſtringi.*

Etiam in modo teſtamento tutores dandi placet teſtatoris voluntatem ſervari. Itaque

non

Digitized by Google

non ſolùm purè, ſed ex die etiam & ſub condi-
tione tutorem rectè dederit, ut qui datus ſit, non
ante ſit tutor, quàm dies aut conditio extiterit,
& deficiente conditione tutor non ſit. Poteſt &
ad certam diem & uſque ad certam conditionem
tutor dari, ut finito tempore aut conditione
exiſtente tutor eſſe deſinat, *leg. 8. §. 1. & 2. de
teſt. tut. l. ſi adrogati §. 2. & ult. de tutel. §. 2.
& §. pen. inſ. quib. mod. tut. fin.* & deficiente qui-
dem aut finita tutela teſtamentaria, locus erit
legitimo tutori, pendente Attiliano, *leg. 11.
de teſt. tut. junct. l. 9. §. 2. de tut. & rat.
diſt.*

Vel ante hæredis inſtitutionem.] Apparet hoc
favore pupilli jam olim receptum fuiſſe. Poterat
autem de eo dubitari, propterea quòd jure vete-
ri ante hæredis inſtitutionem legata inutiliter re-
linquebantur. Nunc autem nulla ampliùs dubi-
tandi ratio eſt, §. 34. *inf. de lega.* Hic paucis ad-
monendi ſumus, ea quæ de ſervi furioſis, mi-
noribus 25. annis tutoribus datis, itemque de
tutore tempori aut conditioni abſtringendo di-
cta ſunt, omnia propria eſſe tutelæ teſtamenta-
riæ, atque ex interpretatione verborum legis
12. *Uti que quiſque legaſſit*, &c. patri permiſſa.
Non eadem libertas magiſtratibus data. Nam
hi ſub conditione tutorem dare vetantur, *l. 6. §.
1. de tutel.* Quamobrem nec ſervus, nec furioſus,
nec minor rectè ab iis tutor dabitur, ſive ſub con-
ditione expreſſa, ſervus, *cùm liber erit*, &c.
ſive ſimpliciter & purè: nam & tunc eadem con-
ditio perinde ineſſe creditur, atque ſi expreſſa
eſſet, *l. 10. §. pen. & ult. de teſt. tut.* Cur tam variè?
Nimirum quia ab officio judicis aut magiſtratus
alienum eſt actus ſuos ſuſpendere, atque imperfe-
ctos relinquere. Ideo enim aditur, ut in præ-
ſenti nobis officium atque auctoritatem ſuam,
qua opus eſt, impertiatur, quod & Jo. Fabro
ſuboluit, qui ad hoc utitur *arg. l. nonquemadmo-
dum 35. de judic. l. 1. §. biduum, quand. app.* Aliam
inſuper rationem afferunt vulgò DD. quòd tu-
tore à patre ſub conditione dato, magiſtratus
ſit, pendente conditione pupillo proſpicere: At
ſi à magiſtratu tutor ſub conditione daretur, ne-
minem adiri poſſe, qui pendente conditione pu-
pillo conſular. In eo autem Gloſſ. & DD. in *d. l.
6. §. 1.* errare exiſtimo: quòd putant etiam ma-
giſtratum ſub tanta conditione tutorem dare
poſſe, per *l. 11. de tutel.* quippe quæ de tutela
teſtamentaria omninò accipienda eſt, ut & Bart.
eam accepit. Planè uſque ad conditionem, ſub
qua tutor teſtamento datus eſt, à magiſtratu in-
terim alium tutorem tacitè dari poſſe non ambi-
gitur, §. *1. inſ. de Attil. tut. d. l. 11. in pr.*

TEXTUS.

Cui dantur.

4. *Certæ autem rei, vel cauſæ, tutor da-
ri non poteſt: quia perſonæ, non cauſæ, vel
rei, tutor datur.*

NOTÆ.

4. *Certæ rei*] Ex Ulpian. *l. 2.* & Marcian. *l. 14.
de teſt. tut. Certæ rei*, nec deductis rebus, *d. l. 12.
ἐπὶ ἐξῃρημένων πραγμάτων*, ut vertunt Græci. Et ſi
datus fuerit, tota datio non valebit, *l. 13. eod.* A-
liud juris eſt, ſi quis hæres certæ rei ſcribatur,
l. 1. §. 4. de hær. inſt.

Non poteſt] Univerſo tamen patrimonio ali-
cujus loci utiliter datur, *l. 15. eod.*

Perſonæ] Principaliter ſcil. nam per conſe-
quentiam etiam rebus pupilli dari intelligitur,
l. 12. pen. de adm. tut.

COMMENTARIUS.

1 *Diſpoſitioni hujus §. apud nos locum non
eſſe.*

C*Ertæ rei vel cauſæ*] Veluti Mævius, quia
mercaturæ peritus eſt, tabernæ pupilli
tutor eſto: quia juris & conſuetudinis forenſis,
lites, & controverſias perſequatur.

Quia perſonæ] Datur enim tutor ad tuendum
pupillum, §. 1. *ſup. tit.* ideòque ſi ad certam rem
aut cauſam datus fuerit, tota datio non valebit,
l. 12. cum 2. ſeq. de teſt. tut. quoniam tutoris officio
non congruit. Non obſtat *l. 12. §. cum tutor.
de adm. tut.* Aliud enim eſt certæ rei tutorem da-
re, aliud rebus pupilli omnibus tutorem datum
præpoſitum intelligi. Nam cùm perſonæ pupil-
li tutor detur, per conſequentiam etiam rebus
ejus dari intelligitur, quæ conditionem perſonę
ſequuntur. Et verò ſi perſonæ pupilli conſulen-
dum eſt, neceſſe eſt, ut non tantùm perſonæ &
moribus pupilli, ſed etiam rebus ejus tutor prę-
ponatur, *d. l. 12. de teſt. tut. de l. 1. 2. §. cum tutor. de
adm. tut.* Atque in hoc pręcipuè differt tutor à cu-
ratore, qui rebus minoris principaliter datur,
l. 8. C. de nupt. & unum certumque negotium rectè
decernitur, §. 2. *inſ. de curat. l. 7. de tut. dat.* Pla-
nè ſi tanto locorum intervallo disjunctum ſit pa-
trimonium, ut difficulter ab uno adminiſtrari
queat, pupilli favore receptum eſt, ut rebus
ita disjunctis, puta rei Africanæ aut Syriacæ,
tutor dari poſſit, *l. 15. de teſt. tut.* quo tamen caſu
ſinguli tutores in ſolidum dari intelliguntur, nec
tam tutela dividi, quàm adminiſtratio. Una ſa-
nè ſuperioris regulæ exceptio videtur, quòd im-
puberi ad hæreditatem adeundam ut tutor detur,
ex cauſa permiſſum eſt, *l. 9. de tut. dat. l. 10. de te-
ſtam. tut. l. 17. §. 1. de appell.* Mater quoque dicitur
potiùs in rem, quàm in perſonam tutorem dare
videri, *l. 4. de teſt.* quaſi nec verus tutor ſit, qui
ab eo datus [illegible] qui jus dandi tutorem ex lege
non habet [illegible]ud nos hæc juris Romani ſubti-
litas non ob[illegible]vatur: ſed poteſt, auctore Gro-
tio 1. *manud. cap. 7.* tutor vel teſtamento vel à ma- 1
giſtratu etiam ad certam rem vel cauſam dari.
Quoniam hodie ſublata eſt tutorum & curato-
rum differentia, *vid. inf. tit. de curat.* Poteſt etiam
à magiſtratu dari ex die vel ad diem vel ſub con-
ditione (quod jure Romano ſolis parentibus
per-

pgrmiſſum erat, §. *præc.*) modò ne pupillus unquam indefenſus maneat. Illud etiam nunc manet, quòd tutor incertus nec teſtamento rectè detur, *l. tutor 20. l. tutor 23. de teſt. tutor. §. ſed nec 27. inf. de leg.*

TEXTUS.

De tutore dato filiabus, vel filiis, vel liberis, vel nepotibus.

5. *Si quis filiabus ſuis, vel filiis tutores dederit, etiam poſthumæ, vel poſthumo dediſſe videtur: quia filiæ vel filiæ appellatione & poſthumus & poſthuma continetur, Quòd ſi nepotes ſint, an appellatione filiorum & ipſis tutores dati ſint? Dicendum eſt, ut & ipſi quoque dati videantur, ſi modò liberos dixerit. Cæterum ſi filios, non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Planè ſi poſthumis dederit, tam filii poſthumi, quàm cæteri liberi continebuntur.*

NOTÆ.

5. *Si quis filiabus*] Ex Ulp. *l. 5. & l. 6. de teſt. tut.*

Etiam poſthumæ] In legatis contra, *l. 17. de legat.* 1. quia legata liberis, non ut liberis, relinquuntur, ſed ex affectione ſingulari erga hos vel illos: at tutor liberis, ut liberis datur, jure poteſtatis.

Modò liberos dixeris] *l. 6. de teſt. tut.* Liberorum enim appellatione omnes, qui ex nobis deſcendunt, continentur, *l. 220. de verb. ſign.*

Aliter filii, aliter nepotes] Natura filium à nepote diſtinguit: & hic naturalem propriamque appellationem ſequimur: quia ut ab ea recedamus, nulla juſta eſt ratio: aliàs filii appellatione & nepos continetur, juſta ſcil. interpretatione, *l. 84. l. 201. l. 220. de verb. ſign.* Exempla in *l. 59. de rit. nupt. l. 2. §. 28. ad Tertyll. l. 14. de ſenatusc. Mac.* Filias tamen appellatione filiorum hìc quoque venire placet, *l. 16. de teſt. tut.*

Poſteris] Leg. *poſthumis d. l. 6.* & ita Theophil. & alii.

Quàm cæteri liberi] Id eſt, non tantùm poſthumi primi gradus verùm etiam ſecundi, & ulteriores: quia vox *poſthumus* non diſtinguit gradus. Bald. in *d. l. 6.*

COMMENTARIUS.

1 *Appellatione liberorum venire omnes, qui ex nobis deſcendunt.*

2 *Filiorum appellatione in hoc argumento contineri & poſthumos: nepotes non contineri, filias contineri. Et quæ horum omnium ratio.*

3 *Appellatione poſthumorum venire liberos omnes naſcituros ſive primi ſive ulterioris gradus.*

VOluntatis quæſtio eſt, cum quæritur, qui liberi appellatione filiorum, liberorum, poſthumorum contineantur. Et de liberis, ut inde incipiam, nulla dubitatio eſt, quin ea appellatione omnes, qui ex nobis deſcendunt, continean- 1
tur, ſive filii ſint, ſive nepotes, aut deinceps, ſive jam nati, ſive adhuc naſcituri, *liberorum l. 220. de verb. ſign.* Quamobrem ſi quis liberis tutores dederit, non ſolùm filiis, ſed etiam nepotibus, & qui infra eos ſunt, dediſſe intelligitur, uti ex Ulp. *l. 6. de teſt. tut.* Juſtinianus hoc loco refert; dummodò poſt mortem dantis in poteſtatem patris ſui recaſuri non ſint, §. 3. *ſup. tit.* De filiis duo hic quæruntur: unum eſt, an eorum appellatione etiam poſthumi contineantur: alterum, an & nepotes. De primo ait: *Si quis filiabus ſuis vel fi-* 2
liis tutores dederit, etiam poſthumæ vel poſthumo dediſſe videtur: quia filiis vel filiæ appellatione & poſthumus & poſthuma continetur, quod & Ulp. reſpondet *l. 5. d. tit.* Cui tamen loco obſtare videtur, quod idem Ulp. ſcribit *l. qui filiabus 17. in pr. de legat. 1.* eum, qui filiabus legavit, non intelligi poſthumæ legaſſe, niſi & mentionem aliqua parte teſtamenti poſthumæ fecerit. Sed hæc minimè pugnant. Tutor enim datur jure poteſtatis, ut filiis & liberis; poſthumi autem æquè filii & liberi ſunt, ac cæteri. Legata verò liberis non ut liberis relinquuntur, ſed ex ſingulari affectione erga certos: quæ affectio in propoſito erga poſthumam non præſumitur, ita ferè Angel. hic poſt *Gloſſ. in d. l. 27.* Alterum eſt, utrùm filiorum appellatione etiam nepotes veniant. Et ait, non venire; quia aliud ſit filius, aliud nepos: filius enim eſt, qui ex me & uxore mea natus eſt, nepos, qui ex filio meo: hoc idem & Ulp. *d. l. 6.* Quid ergo eſt, quod legimus in *l. filii 84. l. liberorum 220. de verb. ſign.* filiorum appellatione etiam nepotes cæteroſque, qui ex nobis deſcendunt, contineri? Nimirum ubi juſta interpretatio id ſuadet, *l. juſta 201. eod. tit.* Nam nec à proprietate verborum aliter recedendum eſt, *l. non aliter 69. de legat. 3.* Exempla ſuppeditant, *l. ſenatus 59. de rit. nupt. l. 2. § filiis 28. ad Tertyl. l. 14. de ſenat. Mac.* Et fingamus in propoſito teſtatorem filios non habere, ſed nepotes tantùm: aut finge nepotes ſolos eſſe impuberes, dubitandum non eſt, quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egiſſe videatur; quod & Jo. Faber notat. At ſi filios teſtator habeat impuberes, nulla juſta cauſa eſt, cur recedamus à proprietate ſermonis, dicamuſque filiorum appellatione & nepotes eum complecti voluiſſe. Nam nepotibus fortaſſe magis expediat peculiarem tutorem habere legitimum vel dativum, quàm eum, qui à parente datus eſt, qui filiorum tutela ſatis ſit implicitus atque occupatus: cui adde, quòd hic agitur de gravando extraneo, cujus intererſit, ne nimium oneretur. Illud hic omiſſum eſt, an appellatione filiorum etiam filiæ contineantur. Reſponſum eſt contineri, *l. 16. in pr. de teſt. tut.* quippe in toto jure pronuntiatio ſermonis in ſexu maſculino ad utrumque ſexum porrigitur, *l. 1. l. pronuntiatio de verb.*

Digitized by Google

verb. ſign. De poſthumis eſt in verſ. *Planè ſi poſthumis*. Et ait Imp. ſi poſthumis tutor datus ſit, tam filios poſthumos, quàm exteros liberos contineri, id eſt, ut rectè hoc accepit Theophilus, contineri non tantùm poſthumos primi gradus, verùm etiam ſecundi & ulteriores: ſi modò in ea cauſa ſint, ut ſi vivo teſtatore naſcerentur, in poteſtate ejus futuri ſint, neque teſtamentum rupturi, *l. 1. §. t. de teſt. tut.* Quare neceſſe non eſt, ut cum Haloandro pro *poſthumis* ſubſtituamus *poſteris*, maximè eùm apud Ulp. quoque *l. 6. eod.* unde hæc deſcripta ſunt, *poſthumis* legatur; & ut Bald. ibi notat, vox poſthumi non diſtinguat gradus, ut filii, ſed colligat, add. *Dom. 3. comm. 4. D. Tuld. hic c. 4. D. Iac. Coren. conſ.* 14. ubi diſputat, an vox Belgica *Kinds* aut *Kinderen*, tam latè pateat, quàm Latina *liberorum*, ut & Sande *lib. 4. rer. jud. tit. 5. defin.* 10.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Lib. 26. Tit. 4. Cod. lib. 5. Tit. 30.

Ratio ordinis, & argumentum Tituli.

Teſtamentariam tutelam excipit legitima. Ea eſt, quæ lege defertur iis ferè, qui ad legitimam hæreditatem impuberis vocantur. Species hujus tutelæ quatuor, agnatorum, patronorum, parentum, & fiduciaria: quarum duæ priores propriè ſunt legitimæ, *l. 1. hoc tit.* ſequentes duæ ἀναλόγως. Singulæ ſingulis titulis hic explicantur: in π. & C. omnes uno. Hoc autem titulo exponitur ſpecies prima, quam adgnatorum eſſe diximus, traditurque unde ea deſcendat, quinam ſint adgnati, quando iis tutela deferatur: poſtremò ſubiicitur ſpecialis quidam hujus tutelæ finiendæ modus.

TEXTUS.

Summa.

Quibus autem teſtamento tutor datus non eſt; his ex lege duodecim tabularum adgnati ſunt tutores, qui vocantur legitimi.

NOTÆ.

Ex lege 12. tab.] *l. 1. de leg. tut.* ubi id ſumma providentia conſtitutum dicitur, ut qui ſperarent ſucceſſionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur. Lege autem Solonis non deferebatur agnatis, niſi remotioribus. Laert. in *Solon.* contraria vid. ratione, quòd ferè quiſque conetur eum, quem proximus hæres inſequitur, expungere, ut ait Perſ.

COMMENTARIUS.

1 *Quid interſit inter adgnatos & gentiles, gentem & familiam.*

Q*Vibus teſtamento*] Semper enim legitimi tutores, ut ſupra quoque dictum eſt, cedunt teſtamentariis, *l. 11. de teſt. tut. l. 9. §. 1. de tut. & rat. diſt.* ſicut & legitimi hæredes iis, qui ex teſtamento vocantur, *l. quamdiu de acq. hær.* Et vulgò dici ſolet, proviſio hominis facit ceſſare proviſionem legis, per *l. ult. C. de pact.*

Ex lege 12. tab. adgnati ſunt tutores] Lex 12. tab. & ad hæreditatem legitimam vocavit agnatos, atque iiſdem etiam tutelam legitimam detulit. Idque ſumma providentia à lege conſtitutum eſſe Ulp. ſcribit, ut qui ſperarent ſucceſſionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur, *d. l. 1. hoc tit.* Hæc autem tutelæ ſpecies ea eſt, quæ à Servio dicitur jure civili data, *l. 1. de tutel.* Etenim legitimos tutores nemo dat, ſed lex eos tutores facit, *l. 5. hoc tit.* Hotomannus putat, etiam gentilium mentionem à lege factam. Et ſanè in hæreditate facta eſt, auctore Cornificio ad Heren. *lib.* 1. qui verba legis ſic refert; *Si paterfam. inteſtato moritur, familia pecuniaque ejus agnatorum gentiliumque eſto.* Ut omninò veriſimile ſit, eodem modo poſt agnatos & tutelam gētilibus delatam fuiſſe. Quid interſit inter gentiles & agnatos, multi ante nos docuerūt. Dicam tamen obiter. Quod diſcrimen eſt inter gentem & familiam, hoc idem eſt inter gentiles & agnatos. Gens ex pluribus conſtat familiis, quæ ſingulæ cognominibus diſtinguuntur: nam ut nomen univerſæ genti commune eſt, ita cognomen proprium cujuſque familiæ, quæ gente continetur. Qui ejuſdem generis ſunt, gentiles; qui ejuſdem familiæ, agnati dicuntur. Verbi cauſa, in gente Valeria ſunt Corvini, Maximi, Meſſallæ, Flacci. Hi omnes unam gentem Valeriorum conſtituunt: ſinguli ſingulas in ea gente familias: omneſque inter ſe gentiles ſunt; ſinguli inter ſe etiam agnati.

TEXTUS.

Qui ſunt adgnati.

1. *Sunt autem adgnati, cognati per virilis ſexus cognationem conjūcti, quaſi à patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, nepoſve ex eo: item patruus & patrui filius, nepoſve ex eo. At qui per fœminini ſexus perſonas cognatione junguntur, adgnati non ſunt, ſed aliàs naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius, non eſt tibi adgnatus, ſed cognatus; & invicem tu illi eo-*

dem jure conjungeris : quia qui ex ea naſcuntur, patris, non matris familiam ſequuntur.

COMMENTARIUS.

PEr *virilis ſexus*] Adgnati dicuntur, qui per virilis ſexus perſonas cognatione juncti ſunt, *l.7.hoc tit.§.1.inf. de leg.agn.ſucc.l.2. §.1.de ſuis & leg.* modò non ſint capite minuti, & ſint in familia, *§.ult.inf.eod.* Nihil autem refert, natura quæſita ſit agnatio, an adoptione, *d.l.2.§.3.de ſuis & leg.*

Veluti frater ex eodem patre] Maſculos tantùm ex agnatis hoc loco recenſet; quia licèt etiam fœminæ quædam nobis agnatæ ſint, veluti ſoror ex eodem patre nata, amita, fratris filia; tutela tamen ſolis maribus jure communi fertur, *l.1.§.1.hoc tit.*

Naturali iure cognati] Cognationis nomen per ſe generale eſt: ſiquidem cognati dicuntur omnes, qui vel jure ſanguinis, vel jure adoptionis nos contingunt: proindè & agnati. At idem nomen oppoſitum agnationi ad eam ſpeciem cognationis contrahitur, quæ per fœminas copulatur, *l.4. §.2. l.ult.§.1.& 2.de grad.& aff.* Idem hic planè accidit, quòd in nomine adoptionis notavimus ſub.§.1.*ſup.de adopt.* Agnati noſtratibus dicuntur *vande Smoers zy*, cognati *vande Spil. zy.*

TEXTUS.

Quis dicatur inteſtatus.

2. *Quòd autem lex duodecim tabularum ab inteſtato vocat ad tutelam adgnatos, non hanc habet ſignificationem, ſi omninò non fecerit teſtamentum is, qui poterat tutores dare: ſed ſi quantum ad tutelam pertinet, inteſtatus deceſſerit: quod tunc quoque accidere intelligitur, quum is, qui datus eſt tutor, vivo teſtatore deceſſerit.*

COMMENTARIUS.

QVantum *ad tutelam*] Diſertè ait, quantum ad tutelam, ut & Juriſconſul. *l.6.hoc tit.* nam ad hæreditatem quod attinet, nemo inteſtatus deceſſiſſe intelligitur, qui teſtamento facto, unde hæres poſtea extitit, deceſſit, *inf.de hær.qui ab int.def.in pr.*

Vivo teſtatore] Exempli cauſa poſitum arbitror. Quid enim ſi poſt mortem teſtatoris ante cœptā tutelam deceſſerit? Sanè non minùs hoc, quàm illo caſu, rectè dicitur paterfam. quoad tutelam inteſtatus deceſſiſſe. Sed & ſi tutor teſtamento datus poſt cœptam tutelam deceſſerit, vel in civitate eſſe deſierit, nihilominùs ad legitimum tutela redit, *l.6.hoc tit.l.11.§.pen.& ult.de teſt. tut.* Unde vel magis dicendum eſt, ſi ad certam conditionem vel ad certum tempus datus ſit, ex ſtente conditione aut finito tempore ad legitimos tutelam reverti: quaſi qui dedit, pro parte inteſtatus, quod ad tutelam pertinet, deceſſerit. Planè ſi tutor teſtamento datus poſtea excuſatus ſit, aut remotus, placet, non legitimum ſuccedere, ſed in locum ejus alium à magiſtratu dari, *d.l.11.& §.2.* Diverſi hujus juris non alia ratio occurrit, quàm quòd illis modis ipſo jure tutela finitur, & planè extinguitur; excuſatione autem & remotione non item, ſed interventu magiſtratus quaſi ipſo jure perindè quodammodò habeatur, ac ſi excuſati, ac remoti adhuc tutores eſſent.

TEXTUS.

Quibus modis agnatio vel cognatio finitur.

3. *Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam adgnatio juris civilis nomen eſt, cognationis verò jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere poteſt, naturalia verò non utique.*

NOTÆ.

3. *Omnibus modis capitis deminutione*] Id eſt, quavis capitis deminutione, etiam minima, *l.4.§.ult.de leg.tut.l.7.de cap.min.*

Plerumque] Additum διὰ τὴν τοῦ Ἀναστασίου διάταξιν, ut ait Schol. Th. qua conſtitutione frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad fratris vel ſororis legitimam hæreditatem & tutelam vocatur, *l.4.C.h.t.* Juſtinianus etiam fratrū emancipatorum filios vocat, *l.ult.C. de legit.hæ.* & noviſſimè ſuſtulit juris agnatici & cognatici in utraque cauſa differentiam, *Nov. 118.cap.4.& 5.*

COMMENTARIUS.

1 *Tutelam legitimam minima capitis deminutione non amplius tolli.*
2 *In his regionibus vix uſum eſſe legitimæ tutelæ: & quid moris ceſſante teſtamentaria?*

DIffert agnatio à cognatione etiam in eo, quòd agnatio quavis capitis deminutione, etiam minima, tollatur, & conſequenter jura agnationi tributa, ut tutelæ & hæreditates, intereant, *l.7.de cap.min.5.§.ult.hoc tit.* Cognationis autem jus non mutetur, niſi maxima aut media capitis deminutio intervenerit. De quo ampliùs *§.pen.ſeq.tit.* qui hujus loci explicationem continet. Hanc autem inter agnationem & cognationem differentiam, ideircò hoc loco propoſuit Juſtinianus, ut aditum ſibi patefaceret ad tractatum de capitis deminutione.

Plerumque] Additū propterea, quòd jus agnationis certis perſonis novis legibus datum interveniente minima capitis deminutione non perimitur: quippe quibus legibus hæreditates & tutelæ ſic deferuntur, ut perſonæ naturali nomine deſignentur; ut ecce, defertur hæreditas ex Senatuſconſultis matri & filio, *d.l.7.de cap.min.§.2.inf.*

inf. de ſen. Orfic. l. 1. §. 8. ad ſen. Tert. Conſtitutione quoque Anaſtaſii, frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad legitimam fratris vel ſororis hæreditatem & tutelam vocatur, *l. 4. C. hoc tit. §. 1. inf. de ſucc. cogn.* Juſtinianus & fratrum e-
y mancipatorum filios vocat, *l. ult. §. 4. C. de legit. hær.* Noviſſimo autem jure cùm in totum ſublata ſit agnationis & cognationis hac in parte differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem tum tutelam vocantur: *Nov. 118. cap. 4. & 5.* conſequens omninò eſt, legitimam tutelam minima capitis deminutione non ampliùs tolli.

Quia agnatio juris civilis nomen] Sicut & familia, cujus appendix eſt agnatio. Neque obſtat, quòd etiam aliæ gentes familiarum & agnationum rationem habuerunt: multa enim etiam apud alias gentes obſervantur, quæ tamen non ſunt juris naturalis: quippe non ratione naturali, unde jus gentium æſtimandum, *l. 9. in fin. de juſt. & jur.* conſtituta, ſed civili dumtaxat: argumento eſt adoptio, de qua *ſup. tit. 11.* item uſucapio, de qua *lib. 2. tit. 6.* tale etiam eſt jus agnationis.

Civilia jura corrumpere poteſt] Quod non ſic accipiendum eſt, quaſi minima capitis deminutione omnia jura civibus tributa amittantur; ſed ea tantùm, quæ familiæ illius ſunt propria, è qua capite minutus exit.

Naturalia verò non utique] Οὐ πάντως, non omninò. Th. non capitis deminutione minima. Pompon. *l. 8. de reg. jur. nullo jure civili*, id eſt, nulla juris civilis vel fictione, vel ſolemnitate, veluti emancipatione, *vid. 8. §. pen. ſeq. tit.*

z Apud nos legitimæ tutelæ vix uſus eſt, ut notavimus *ſup. tit. de tutel. in fin.* præterquàm in agro Voornano, juxta *art.* 74. ſtatutorum illius agri confirmatorum à Carolo Quinto anno 1519. Ceterum ceſſante tutela teſtamentaria, magiſtratus tutelaris, ſicubi eſt, aut qui juri dicundo præſunt, tutores (ferè tamen proximos pupilli cognatos) creant. An, ne pupilli diu indefenſi maneant, tenetur parens ſuperſtes, aut eo tutelam ſuſcipere recuſante, duo è proximis per defunctum pupillo cognatis, intra certum tempus ſtatutis, aut conſuetudine locorum definitum, tutores à magiſtratu petere; qui cum de cõſilio eorum, atque etiam ex iis quod ſine fraude pupillorum fiat, tutores eligit atque conſtituit. Quamobrem pater & mater, iiſque deficientibus, avus & avia, in tutela filiorum ſuorum & nepotum cæteris præferuntur: quibus tamen contutor unus atq; alter è cognatis defuncti proximis adjungendus eſt. Patris & avi tutela perpetua eſt: matris & aviæ tranſitu ad ſecundas nuptias finitur: neque ad tutelam admittuntur, niſi priùs beneficio Senatuſconſulti Vellejani renuntiaverint, juxta diſpoſitionem juris civilis Romanorum, *auth. matri & aviæ & ſeq. C. quand. mul. tut.* Sed nec mater iterum vidua facta tutelam recuperat, uti judicatum refert *Mynſ. 3. obſ. 84. add. Io. Gutierez de tutel. p. 1. c. 8. & 9.* Si ex parentibus nemo extabit, tenentur minimum duo ex iis, qui pupillum proximè contingunt, unus per patrem, alter per matrem, ſimili modo tutores petere: atque hic quoque proximos tunc eliget magiſtratus, aut ſi illi idonei non ſint, qui proximè ſequuntur, & ita deinceps. Demum ſi cognatorum nemo ſit idoneus, alios ex inquiſitione tutores creabit. Conſule ſtatuta tutelaria Rhynlandiæ *art. 12. cum aliquot. ſeqq. Grot. 1. manuduct. 7. Chriſtin. vol. 3. dec. 147. n. 4. & ſeqq. dec. 149* ubi refert, moribus Galliæ & Mechlinienſium matrem & aviam non renuntiare Vellejano.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.
DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Lib. 4. D. Tit. 5.

Continuatio & ſumma Tituli.

IN *pr.* hic locus inter reſtitutiones in integrum tractatur *lib. 4. tit. 5.* Juſtinianus autem cum in *§. ult. ſup. tit.* docuiſſet, jus agnationis, ac proindè & tutelam legitimam, quovis genere capitis deminutionis perimi, inde occaſionem arripuit de ea re pleniùs ſeparatim diſputandi: quod facit hoc titulo, ubi primùm quid ſit capitis deminutio, definit: deinde diviſo genere in ſuas ſpecies, itidem qui ſint ſingulæ, & quam vim habeant, exponit: tum interpretatur, quod in *d. §. ult.* dixerat, cognationis jus capitis deminutione non omnibus modis interverti: & tandem pro corollario docet, quo ordine agnatis tutela deferatur.

TEXTUS.

Definitio & diviſio.

Eſt autem capitis deminutio, prioris ſtatus mutatio. Eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima eſt capitis deminutio, aut minor, (quam quidam mediam vocant) aut minima.

NOTÆ.

Prioris ſtatus mutatio] Græci *προτέρας καταστάσεως ἐναλλαγή*. Apud Paulum in *leg. 1. eod.* non eſt *prioris*. *Status*, hic eſt, quod à genere, à civitate, à rer. natura tribuitur, *l. 3. de int. & releg.*

Digitized by Google

nempè ſamilia, civitas, libertas, *l.ult. h. t.* quæ tria complectitur Terent. *Eunuch. act. 4. ſect. 7. eam eſſe dico liberam, civem Atticam, meam ſororem.*

Tribus modis] Auſon. *Idyll.* 11. *Triplex libertas capitiſque minutio triplex*, nimirum uno ex tribus illis, quæ dixi, amiſſo, contingit capitis deminutio, *d.l. ult.* Aliis duplex, magna & minor: ſed illi ſub magna comprehendunt maximam & mediam quæ hic etiam minor, *l.1.§.4. de ſuis & leg. l.1.§.8. ad ſen.Tert.l.5.§.ult.de ext.cogn.*

COMMENTARIUS.

C*Apitis deminutio*] Verbi capitis varia eſt & multiplex acceptio, ut videre eſt apud Hotomannum & alios *in Lexic.* Hic ſignificat perſonam, locum aliquem ordine civium proprio obtinentem, quem locum cùm amittit, capite minui dicitur. Putatque Hotomannus, ad perſonam translatum eſſe, quòd de ipſo ordine propriè loquendo dici debebat; ut ecce, cùm quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur.

Status mutatio] *l.1.hoc tit.l.2.de in int.reſt.* Græci, καταστάσεως ἐναλλαγή. Status quoque vocabulum multa ſignificat: ſed in hoc tractatu accipitur dumtaxat pro eò jure, quòd ſinguli in civitate habemus, nimirum libertatem, civitatem, familiam, quæ tria ſcitè Cheremes apud Terentium in Eunucho his verbis complectitur; *Dico, eam eſſe liberam, civem Atticam, meam ſororem.*

Tribus modis] Tot enim neceſſe eſt ſint genera capitis minutionis, quot ſunt, quæ in perſona cujuſque civis conſiderantur, quotumque uno amiſſo ſtatus ejus commutatur, *l.ult. hoc tit.* Qui duo tantùm genera faciunt, magnam & minorem, appellatione magnæ maximam & mediam, quæ hic etiam minor dicitur, comprehendunt, quod facit Ulpian. *l.1.§. ſi filius de ſuis & legit.l.1.§. capitis minutio ad ſenat.Tertyll.* item Caliſtratus *leg.5.§. ult. de extraord. cognit.*

TEXTUS.

De maxima capitis deminutione.

1. *Maxima capitis deminutio eſt, cum aliquis ſimul & civitatem & libertatem amittit: quod accidit his, qui ſervi pœna efficiuntur atrocitate ſententiæ: vel libertis, ut ingratia erga patronos condemnatis: vel his, qui ſe ad pretium participandum venumdari paſſi ſunt.*

NOTÆ.

1. *Simul & civitatem & libertatem*] Hoc ſemper accidit iis, qui ſervi efficiuntur; nam ſublata libertate tollitur quoque jus civitatis. Sic Regulus capitis minor Horatio, id eſt, ſervus factus per captivitatem, *lib.3.carm.*

Vel libertis] Libertus ingratus jure libertatis exuitur, & patrono in ſervitutem redigitur, *l.2.C. de libert. & eor.lib.* quod & Attico jure obtinuit. Plat. 11. *de legib.* Plut. in *Solo* uſurpavit Claudius, Svet. *in ejus vit.c.23.*

COMMENTARIUS.

CUm omnia amittamus, quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam, maximam capitis deminutionem pati dicimur, *l. ult.hoc tit.* Hoc autem iis ſemper accidit, qui ſervi efficiuntur. Nam ſublata libertate tolluntur quoque reliqua duo. Sic regulus capitis minor Horatio, id eſt, ſervus factus per captivitatem, *lib. 3. carm.* De modis, quibus quis in ſervitutem redigitur, pleniſſimè explicatum eſt §. *pen. ſup. de jur. perſ.* & nominatim de ſervitute pœnæ, *in §. pœnæ ſervus ſup.quib.mod.jus pat. pot.*

Ingratia] Ita legit Pacius? alii *ingratis*. Hotomanus *ingrati*, ut ſubaudiatur *crimine* vel *judicio*. Uſurpavit hoc jus Imperator Claudius, teſte Suetonio in ejus vita c.25. Eſtque de eo *tit. in C. de libert.& eor. lib.*

TEXTUS.

De Media.

2. *Minor, ſive media capitis deminutio eſt, quum civitas quidem amittitur, libertas verò retinetur: quòd accidit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit: vel ei, qui in inſulam deportatus eſt.*

NOTÆ.

2. *Libertas retinetur*] *l.2.§.1.l.17.§.1.de pœn l.6.l.15.de int.& rel.Ulp.tit.11.§.11.* Calliſtratus tamen *l. pen.§.ult.de extr.cogn.* diſertè ait, aquæ & ignis interdictione libertatem adimi: ſed nulla erit pugna, ſi pro *veluti* ibi legas *vel*, quomodò & quibuſdam in codicib. legi teſtatur Accurſ.

Aqua & igni interdictum] De hac pœna vid. Cic. *pro Cæcinn. pro dom. pro Corn.Bald.* Lact. *libr. 2. cap.* 10. *Hæ duæ res*, aqua & ignis, *humanam vitam maxime continent*, ait Feſt. in verb. *aqua*.

In inſulam deportatus] Deportatione caput eximitur de civitate, & ad peregrinitatem redigitur, ſalva libertate, *l.17.§.1.D.de pœn.l.6.l.15.de int. & rel.* ſucceſſit in locum aquæ & ignis interdictionis, vid. *ſup.quib. mod. jus pat.pot.§.1.*

COMMENTARIUS.

1 Cur ſontibus olim aqua & igni interdici ſolitum.

L*ibertas retinetur*] *l. 2. §. 1. de pœn. l.6.de interd.& releg.* Objici ſolet locus Calliſtrati in *l.pen. §.ult.de extr. cogn.* Sed locus iſte haud dubiè depravatus eſt, & pro *veluti* legendum *vel*, quomodò & in nonnullis codicibus legi teſtatur Accurſius. Alb. Gentilis citra correctionem rem expe-

expedit *lib.3.lect.*10.ex una particula *veluti* duas faciens *veluti*. Nimirum Calliſtratus ſub magna capitis deminutione utramque, & qua libertas, & qua civitas amittitur, complexus eſt, quod & aliis familiari eſſe paulò ante monuimus. Niſi quis malit cum Cujacio locum illum de libertate ex jure Quiritium accipere, quaſi jure Quiritium liber non ſit, qui in numero Quiritium non eſt, ut diſputat *Cic. in fin. orat. pro Cæcinna.*

Cui aqua & igni] Jure à majoribus tradito non licuiſſe, civem, licèt noxium, aut ſupplicio capite afficere, aut libertatem ei civitatemve adimere, multi tradiderunt, Cæſar *orat. ſua apud Salluſt. de bell. Catil.* Cicero in ſuis *pro Aul. Cæcin. pro dom. ſua, pro Corn. Balb. Lactant. lib.2. cap.*10.
1 Cæterum cùm ad diſciplinæ publicæ vigorem omninò pertineat, delicta & ſcelera malorum hominum impunita non relinqui, inventa ratio eſt, qua civitate, ſalvo inſtituto majorum, expellerentur. Itaque aqua & igni ſontibus interdici cœptum eſt, ut his duobus tamquam vitæ humanæ præſidiis deſtituti, ſi exitium ſibi paratum vitare vellent, in exilium proficiſci cogerentur, inque aliam civitatem profugere, in quam cùm eſſent recepti, Romanam demum amittebant. Quibus igitur aqua & igni interdicebatur, iis quidem apertè vita non eripiebatur, ac ne civitas quidem, (ſiquidem nulla exilii facta mentione hæc pœna irrogabatur) ſed tacitè tamen morte quodammodò multabantur, vique ipſa expellebantur civitate; cùm ſolo aere vivere aut tegi non poſſent, nec fas eſſet eos aut tecto recipere, aut aqua & igni, cæteriſve quibus vita continetur, juvare, ut ex ead. orat. Ciceronis pro domo ſua liquet.

In inſulam deportatus] Deportatio ſpecies exilii fuit atrociſſima, cum ſcilicet quis ita damnabatur, ut bonis publicatis nervo aut compedibus vinctus, & in navim impoſitus à ſervis publicis in certam inſulam deportaretur, ibique in perpetuum concluderetur. Qua pœna manifeſto caput eximitur de civitate, civeſque ad peregrinorum conditionem rediguntur. *l.*17.§.1.*de pœn. l.6. de int. & releg.* Non uno autem loco in libris noſtris traditum eſt, deportationem in inſulam in locum aquę & ignis interdictionis ſucceſſiſſe, *l.2.§.1. de pœn. l.3. ad leg. Iul. pecul. l. pen. in fin. de extr. cogn.* Itaque umbra vetuſti juris adhuc retenta, aqua & igni interdictos noſtri deportatos interpretantur, *l.1. §. hi quibus de legat.3. l.2. de publ. jud.* eademque & in aliis locis illorum verborum interpretatio facienda eſt. Conſule *Briſſon. lib.3. ſel. antiq. cap.5.*

Textus.

De minima.

3. *Minima capitis deminutio eſt, quum civitas retinetur, & libertas, ſed ſtatus hominis commutatur: quod accidit in his, qui, quum ſui juris fuerint, cœperunt alieno juri ſubjecti eſſe, vel contra; veluti ſi filius familias à patre emancipatus fuerit, eſt capite deminutus.*

Notæ.

3. *Status hominis*] Ulp. *tit.*11. §.2. At idem *l.1. §.8. D. ad ſen. Tert.* ait, hanc capitis deminutionem contingere ſalvo ſtatu. Solu. contingit ſalvo ſtatu publico, quem quis ut civis habet, de quo illic; non ſalvo ſtatu privato familiæ, de quo hic, *l. ult. D. eod.* Cujac.

Alieno juri ſubjecti eſſe] puta adrogati, eorumque liberi, *l.3. pr. eod. §. pen. ſupr. de adopt.* item dati in adoptionem perſonæ non extraneæ, *§.2. ſup. d. t.*

Emancipatus] Emancipatus capite minuitur, *l. 8. in fin. cum l. ſeq. h. t.* quia, ut ait Paul. *l.3. §.1. eod.* emãcipari nemo poteſt, niſi in ſervilem imaginariam cauſam deductus; alibi tamen rationẽ petit à familiæ mutatione, *l. ult. eod.* quod contingit etiam hodie, ſublata licèt imagine ſervitutis.

Commentarius.

1 *Quomodò intelligendum, quod Ulp. ſcribit, minimam cap. deminutionem ſalvo ſtatu contingere.*
2 *Non ſolum adrogatos capite minui, ſed etiam adoptatos, quamquam cum diſtinctione.*
3 *Emancipati cur capite minui dicantur: & numnam poſt, imagine ſervitutis ſublata, capite minui deſiderent.*

SEd *ſtatus hominis*] Minima capitis deminutio eſt, per quam ſalva civitate & libertate, ſtatus dũtaxat hominis mutatur, *Ulp. de tutel.* §.2. Idẽ tamen *Ulp. l.1. §. capitis ad S.C. Tertyll.* ſcribit, hanc capitis deminutionem cõtingere ſalvo ſtatu. Quæ videri poſſunt contradictoria. Et utique eſſent, ſi vocabulum ſtatus utroque loco eodem modo acciperet: nulla autem contradictio eſt, ſi eo vocabulo quod eſt ὁμώνυμον, non in eadem ſignificatione utrobique utatur. Ergo rectè dicit, hanc capitis minutionem contingere ſalvo ſtatu, ſed ſtatu publico, quem quis ut civis habet: rectè item eamdem non contingere ſalvo ſtatu, ſed privato, quem quis habet in familia, *l. ult hoc tit.* In definitione autem *tr. hujus tit.* tradita, appellatione ſtatus utrumque continetur.

Qui quum ſui juris] Qui ſe adrogandum dat, manifeſtò capite minuitur, quia caput ſuum in familiam & domum alienam transfert, *l. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab.* Liberos quoque, qui eum ſequuntur, de quo dictum *§. pen. ſup. de adopt.* capite minui placet; quia & ipſi cum parente familiam mutant, *l.3. pr. hoc tit.* Sed etſi filiusfamil. à patre in adoptionem detur, dicendum eſt eum capite minui, quia in alienam familiam tranſit, *l.4. §. pen. de grad. & aff.* quod tamen ex conſtitutione Juſtiniani non aliter nunc contingit, quã ſi à nõ extraneo adoptatus ſit, de quo

ſup.§.2. de ad.pt. & § antepen. ſup.quib. mod. jus patr. poteſt.

A patre emancipatus] Emancipatos capite minui, jura agnationis & familiæ perdere, patri poſt emancipationem extraneos intelligi, tot locis proditum eſt, ut de eo dubitari non oporteat. Cur autem emancipati capite minui dicantur, hanc rationem affert Paulus *d. l. 3. §. 1. hoc tit.* quia in imaginariam ſervilem cauſam deducentur. Unde plerique contendunt, hodie ſublata in emancipationibus antiqua ſervitutis imagine, *l.ult.C. de emanc. lib. §. præterea ſup. quib. mod. jus pat. pot.* emancipatos capite non amplius minui: non magis quàm illi capite minuuntur, qui morte patris, aut acceſſione dignitatis ſui juris fiunt, *l.3.§.ult.de ſenat. Mac. Nov.81.cap.1.* Sed verendum, ne illa Pauli ratio & ipſa aliquid imaginarii habeat: certè adæquata non eſt. Nam primùm conſtat, in adrogationibus nullas venditiones aut manumiſſiones interveniſſe; & tamen adrogati liberique eorum capite minui dicebantur, hoc ſolo, quòd familiam mutarent. Deinde ſi ſublatis illis venditionibus emancipati capite non minuuntur, quid opus fuit, ut Anaſtaſius liberis, qui ſine iſto ritu emancipantur, jura tutelarum & ſucceſſionum nominatim conſervaret, ſi parens manumiſſor id peteret? *l.11. C. de leg. h r.* Poſtremò ſi jura agnationis & familiæ non amitterentur, niſi interventu imaginarii illius contractus, neceſſe non erat Juſtinianum ſpecialiter cavere, ut ii, quos dignitas patria poteſtate eximit, eadem jura integra retinerent, *d.Nov.81. cap.2.* Quamobrem potius eſt, ut à familiæ mutatione rationem petamus, quod & ipſe Paulus facit *l.ultim. hoc tit.* Sic igitur ſentio; etiam poſt venditiones illas ſublatas rectè dici emancipatis contingere capitis diminutionem: propterea quòd non minus nova, quàm veteri emancipatione familiam amitterent, & pro extraneis haberentur, ut ex iis, quæ jam dicta ſunt, liquet. Cæterum jure noviſſimo, quo differentia agnationis & cognationis tum in ſucceſſione, tum in tutelis penitus ſublata eſt. *Nov. 118.cap.4. & 5.* vix eſt, ut emancipatio inter genera capitis minutionis referri poſſit.

TEXTUS.

De ſervo manumiſſo.

4 *Servus autem manumiſſus capite non minuitur: quia nullum caput habuit.*

NOTÆ.

4 *Servus capite non minuitur*] Servile caput nullum jus habet, *d. l. 3. in fin.* nullum jus, id eſt, nec familiam, nec civitatem, nec libertatem: ſed demum poſt manumiſſionem hæc conſequitur.

COMMENTARIUS.

Servile caput nullum jus habet, & ideò nec minui poteſt, inquit Paulus, *l. in fin. eod.* Quod igitur hic ait Juſtinianus, ſervum nullum caput habere, idem eſt, ac ſi diceret, ſervum nullum jus habere aut locum in tribus illis, quæ civium propria eſſe diximus, libertatem inquam, civitatem, familiam: ad quæ tria in hoc tractatu capitis & ſtatus vocabula referuntur, quæ alioqui per ſe latiùs patent, & de perſona ſervili etiam prædicantur, *tit. de ſtat. hom. & ſup. de jur. perſ.*

TEXTUS.

De mutatione dignitatis.

5. *Quibus autem dignitas magis quàm ſtatus permutatur, capite non minuuntur, & ideo à ſenatu motos capite non minui conſtat.*

NOTÆ.

5. *Senatu motos*] Senatu moti exiſtimatio quidem minuitur, *l. de pen. de ext. cogn.* integri tamen capitis civis manet, *l. 3. D. de ſenat.*

COMMENTARIUS.

Dignitas quoque appellatione ſtatus generali continetur; ideòque qui ſenatu vel alio ordine movetur, rectè dicitur circa ſtatum dignitatis plecti, *l.5.§.2. de extr.cogn.* Sed quia ita moti exiſtimatio dumtaxat minuitur; cætera autem, quæ civem propriè conſtituunt, ſalva manent; idcircò in hoc argumento dicitur capite non minui, ſed civis manere integri capitis, *l.3. ff. de ſenator.*

TEXTUS.

Interpretatio §. ult. ſup. tit. prox.

6. *Quod autem dictum eſt, manere cognationis jus etiam poſt capitis deminutionem, hoc ita eſt, ſi minima capitis deminutio interveniat: manet enim cognatio. Nam ſi maxima capitis deminutio interveniat, jus quoque cognationis perit, ut puta ſervitute alicujus cognati; & ne quidem ſi manumiſſus fuerit, recipit cognationem. Sed & ſi in inſulam quis deportatus ſit, cognatio ſolvitur.*

NOTÆ.

6. *Si minima capitis deminutio.*] Ex. ca. ſi L. Titius patruelis meus à patre ſuo emancipatus ſit agnationis jura amittimus, cognationis retinemus, & ideò ad mutuam ſucceſſionem ex edicto unde cognati vocamur, *§. 1. infr. de ſucc. cogn.*

Nam ſi maxima] Maxima & media capitis deminutio etiam jus cognationis perimit, quia mor-

morti ſimilis eſt, *leg. 63. §. ult. D. pro. ſoc.*

Cognatio ſolvitur.] Id eſt, jus, quod cùm adhuc in civitate eſſet, ut cognatus habebat. Ipſa autem cognatio aut ſanguinis conjunctio ſervitute, aut deportatione non tollitur: quæ ob id etiam nuptiis poſt manumiſſionem impedimento eſt, §. 10. *ſup. de nupt.*

COMMENTARIUS.

1 *Ius ſanguinis ſeu cognationis quot modis accipiatur.*

2 *Manumiſſos non recipere cognationem ſervitute amiſſam: at beneficio Principis reſtitutos recipere.*

REdit Imp. ad id, quod §. *ult. ſup. tit.* dixerat, cognationis jus non omnibus modis capitis deminutionis ſolvi, ſicuti ſolvitur agnatio: qua occaſione oblata, ſimul de capitis deminutione, quo res ea planius intelligeretur, diſſerendum putavit; docetque nunc, quod de cognatione dixit, eam capitis minutione non perinde, ut agnationem, perimi, de minima accipiendum eſſe: maximam verò & mediam, utpote quæ mortalitati comparantur, *l. verum 63. §. ſocietas 10. pro ſoc.* etiam intervertere jus cognationis.

1 *Ius quoque cognationis perit.*] Huic loco obſtare videri poteſt, quod dicit Pompon. *l. 8. de reg. jur.* jura ſanguinis nullo jure civili dirimi poſſe. Sed ſciendum eſt, jura ſanguinis ſive cognationis bifariam accipi; vel plane naturaliter, atque pro eo jure, in quo ſola ſanguinis conjunctio ſpectatur; vel pro jure, quod cognatis propter cognationem jure civili vel honorario defertur. Illo modo ſi jus ſanguinis accipias, nullo jure civili dirimi poteſt: ut ecce, jus civile efficere non poteſt, ut qui pater eſt, pater eſſe deſinat, qui frater, deſinat eſſe frater; ut nuptiæ inter patrem & filiam, inter fratrem & ſororem conſiſtant. At poſteriore modo acceptum certis perſonis adimi poteſt; ut puta poteſt jus civile efficere, ut ne filius patri, frater fratri certo caſu ſuccedat, aut ad bonorum poſſeſſionem unde liberi aut unde cognati vocetur. Nam hæc jura licèt naturalia rectè dicantur propter rem cui tribuuntur, quæ eſt naturalis cognatio: tamen quia inter cives tantùm inſtituta ſunt, etiam ad jus civile ſuo modo referuntur, *l. 17. §. 1. de pœn.* unde fit, ut etiam civili conſtitutione, hoc eſt, capitis deminutione, perimantur; excepta tamen ea, quæ ſalva civitate contingit.

2 *Ne quidem ſi manumiſſus.*] Is qui ſervus aliqua ratione factus eſt, cognationem manumiſſione non recipit; ac proinde ad bonorum poſſeſſionem unde cognati à prætore non vocatur, *leg. 1. §. 2. l. 7. unde cogn. & inf. de ſerv. cogn. in pr.* Nam dominus quidem libertatem ſervo imponere poteſt & jus ſuum remittere: jus autem cognationis, quod ſervitute amiſerat, ei reſtituere non poteſt. Planè qui ſervi pœnæ effecti: beneficio Principis reſtituuntur, etiam jus cognationis recipiunt, *l. 1. §. 4. ad Tertyll. l. 1. §. ult. l. 2. de bon. poſſ. cont. tab.* Atque hoc quidem jure veteri obtinebat. Juſtinianus autem poſtea etiam libertinos ad ſimilitudinem ingenuorum ſuccedere voluit, §. 2. *inf. de ſerv. cogn.* & noviſſimè libertinos ingenuis per omnia exæquavit, excepto jure patronatu, *Nov. 78.*

Cognationem] Hoc eſt, jus, quod propter cognationem, cùm adhuc liber & in civitate eſſet, habebat. Cæterum ipſa cognatio aut ſanguinis conjunctio ſervitute non extinguitur: quæ idcircò etiam nuptiis poſt manumiſſionem impedimento eſt, §. *illud ſup. de nupt.*

In inſulam deportatus] Deportati quoque jura cognationis amittunt: ſed à Principe reſtituti, per omnia priſtinum ſtatum recipiunt, §. 1. *ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.*

TEXTUS.

Ad quos Agnatos tutela pertinet.

7. *Quum autem ad adgnatos tutela pertineat, non ſimul ad omnes pertinet, ſed ad eos tantùm, qui proximiore gradu ſunt: vel ſi plures ejuſdem gradus ſunt, ad omnes pertinet: veluti ſi plures fratres ſunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.*

NOTÆ.

7. *Cùm autem ad agnatos*] Ex Cajo *l. 9. D. de leg. tut.*

Qui proximiore gradu] Et hoc æquum eſt; quia & hi ſoli vocantur ad legitimam impuberis ſucceſſionem, *inf. de leg. agn. ſucc.*

Ad omnes] Itatamen, ut uni decerni poſſit adminiſtratio, *l. 5. §. 2. D. de leg. tut.*

COMMENTARIUS.

QVi *proximiore gradu*] Æquum enim eſt, ut illi onus tutelæ ſubeant, qui & ad ſucceſſionem vocantur; vocantur autem ſoli agnati proximi, *inf. de leg. agn. ſucc.*

Ad omnes pertinet] Si plures ſint agnati eodem gradu, pariter omnibus tutela defertur, *l. 8. & l. 9. de leg. tut.* nempe quia & ad hæreditatem omnes ſimul admittuntur, §. 5. *inf. de leg. agn. ſucc.* Quid ergo ſi aliqui ex proximioribus, vel etiam omnes mortui ſint, vel capite minuti? Et quidem quamdiu unus adhuc ſupereſt, & in familia eſt, tutela penès eum remanet, per *l. 3. § 5. de l. tut.* Cæterum ſi omnes deceſſerint, vel capite minuti ſint, ſequentes in tutelæ adminiſtrationem ſuccedunt, *d. l. 3. §. pen.* Qua in re tutela legitima olim differebat à legitima agnatorum hæreditate, in qua placebat ſucceſſionē non eſſe, hoc eſt; ſi proximi defeciſſent, in ſequentium gradum non admitti, §. *placebat inf. d. tit.* Enim verò nec in tutela ſemper admittitur ſucceſſio: nā ſi proximus vel excuſatus ſit, vel remotus, ſequentes non ſuccedunt,

Google

ſed in locū abeuntis alius à magiſtratu datur, *ar. d.l.3.§.quæri*. Idē dicendum videtur & ſi proximus idoneus non ſit ad tutelam gerendam, *arg.§ pen.inf.de curat.l.non ſolùm 10.§.ſi libertus de excuſ.* quaſi hic proximus gradus adhuc ſuperſit.

Noviſſima Juſtiniani conſtitutione legitima tutela cognatis juxta defertur, ac agnatis. *Nov.118. c.6.* ut Platonis quoque lege cautum, ἐπιτροπεύειν τῷ τὰς ἐγγύτατα γένει πρὸς πατρὸς ἢ μητρός. *lib. 11. de legib.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Lib. 26. D. T. 4. Cod. lib. 5. Tit. 30.

Continuatio.

EX quatuor generibus, in quæ tutelam legitimam diſtribuimus, primum explicatum eſt, tutela agnatorum: alterum nunc ſequitur, patronorum, qui & ipſi propriè legitimi tutores ſunt ex ratione & mente legis 12. tab. *leg.1.l.3.de leg.tut.junct.l.6.§.1. de verb. ſign.*

TEXTUS.

Ex ratione Lib. 12. Tab. quæ tutelas agnatis idcirco defert, quia hæredes ab inteſtato ſunt, inductum eſt, ut patroni liberorum ſuorum tutelam ſuſciperent, quæ ideò legitima dicitur, l. 3. D. de legit. tut.

Ex eadem lege duodecim tabularum, libertorum & libertarum tutela ad patronos liberoſque eorum pertinet, quæ & ipſa legitima tutela vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, ſed quia perinde accepta eſt per interpretationem, ac ſi verbis legis introducta eſſet. Eo enim ipſo, quòd hereditatis libertorum libertarumque, ſi inteſtati deceſſiſſent, juſſerat lex ad patronos, liberoſve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluiſſe legem etiam tutelas ad eos pertinere: quum & adgnatos, quos ad hereditatem lex vocat, eoſdem & tutores eſſe juſſerit: quia plerumque ubi ſucceſſionis eſt emolumentum, ibi & tutelæ onus eſſe debet. Ideò autem diximus, plerumque: quia ſi fœmina impubes manumittatur, ipſa ad hereditatem vocatur, quum alius ſit tutor.

NOTÆ.

Per interpretationem.] Per conſequentias hæreditatum, quæ ex ipſa lege patronis datæ ſunt. Ulp. *d. l.3. & in fragm. tit. 11. §.3.*

Ac ſi verbis legis.] Legitimum eſt, tam quod ex legis interpretatione proficiſcitur, quàm quod ex verbis, fac. *l.6.§.1. de verb. ſign.*

Crediderunt veteres.] Recta & juri naturæ conveniens prudentium hæc collectio, *l.10. de reg. jur. l.un. §.4. C. de cad. toll.*

Quia ſi fœmina] *l.1.§.3.l.3.§.4. D. de lege tut.* Ratio eſt, quia tutela officium virile eſt, & munus publicum, *inf. de excuſ. tut. in pr.* à quibus fœminæ remotæ, *l.2. de reg. jur. l.16. l. ult. D. de tutel.* Excipiuntur mater & avia, quibus liberorum ſuorum tutelam gerere tamdiu permittitur, donec ad ſecundas nuptias tranſeant, modò inter geſta SCti. Vellejani auxilio renuntient, *aut matri cum ſeq. C. quand. mul. off. tut.*

COMMENTARIUS.

NOn quia nominatim] Lege 12. tab. patronis tutela defertur non propalam nominatim & disertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, ſed per conſequentias hæreditatum, quæ ex ipſa lege patronis datæ ſunt, *l.3. pr. de leg. tut. Ulp. de tutel. §.2.*

Per interpretationem] Prudentum ſcilicet, quibus permiſſum erat leges publicè interpretari, & conſulentibus de jure reſpondere, *§. reſponſa prudentum ſup. de jur. nat. gent. & civ. l.2. §. his leg. 5. de orig. jur.*

Perinde accepta eſt] Verbum *ex legibus*, ait Ulp. ſic accipiendum eſt, *tam ex legum ſententia, quam ex verbis, l.6.§.1. de verb. ſign.* & Celſus, *Scire leges*, inquit, *non eſt verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem, l. ſcire de legib.*

Ubi ſucceſſionis eſt emolumentum] Prudentum collectio fuit, patronos ideò ad tutelam libertorum à lege vocari, quia vocantur ad eorum inteſtatorum hæreditatem, hoc argumento, quòd nō aliam ob cauſā tutela agnatis delata fuit, quàm quòd & ipſos ad hæreditatem lex vocaſſet, *l.1. de l. tut.* Rectè & naturæ juris convenienter, quo comparatum eſt, ut incommoda cujuſq; rei eum ſequantur, quem ſequuntur commoda, *l.10. de reg. jur. leg. un. §. pro ſecundo Cod. de cad. toll.*

A fœmina manumittatur] Interdum alibi eſt hæreditas, alibi tutela: quod fit, cum illi, qui ad hæreditatem vocantur, non ſunt idonei ad tutelam adminiſtrandam; ut puta ſi fœmina manumiſerit, aut conſanguinea ſit pupillo, *d. l.1. §.1.* quippe tutela virile munus eſt. *l.16. l. ult. de tutel. l.2. de reg. jur.* Excipiuntur mater & avia, quibus liberorum ſuorum tutelam gerere tamdiu permittitur, donec ad ſecundas nuptias tranſeant, ea tamen conditione, ut inter geſta Senatuſconſulti Vellejani auxilio renuntient, *aut matri & aviæ cum auth. ſeq. C. quand. mul. off. tut.*

TIT.

Digitized by Google

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.
DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

TEXTUS.

Exemplo patronorum recepta eſt & alia tutela, quæ & ipſa legitima vocatur: nam ſi quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio deinceps & impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

NOTÆ.

Quæ & ipſa legitima] Ulpianus fiduciariam appellat, *tit.11. §.4.* & revera fiduciaria eſt. Obtinuit tamen, ut legitima potiùs diceretur, *l.5. C. de dol. mal.* quia exemplo legitimæ patronorum tutelæ introducta eſt, *l.3. §. ult. D. de leg. tut.* eò quòd parens manumiſſor patroni perſonam induit, filius manumiſſus liberti exitum patitur *l.1. D. ſi à par. man. §. ult. inſ. de leg. agn. ſucc.* Hotom.

COMMENTARIUS.

TERTIA ſpecies tutelæ legitimæ parentum eſt, qui liberos impuberes contracta fiducia emancipatum, id quod ex conſtitutione Juſtiniani ſemper fieri intelligitur, *§. ult. de leg. agn. ſucc. l. ult. C. de emanc. lib.* repete quæ notavimus ad *§. præterea ſup. quib. mod. jus pat. pot.* Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem *legis 12. tab.* introducta eſt, quo præcedens illa patronorum: neque enim ut lex patronos ad ſucceſſionem libertorum vocat, ita & vocat parentes ad ſucceſſionem liberorum emancipatorum: unde Ulpianus hanc tutelam non legitimam, ſed *fiduciariam* appellat, *tit. de tutel. §.4.* Cæterum quia ad ſimilitudinem tutelæ patronorum jure civili introducta eſt, eò quòd parens, qui filium manumittit, patroni perſonam induit, atque ob hoc ad legitimam filii, qui liberti patitur exitum, *l.10. de ſuis & legit. l. 2. C. ad ſen. Tert. §. ult. inf. de leg. agn. ſucc.* obtinuit, ut etiam hæc tutela legitima potiùs diceretur, quàm fiduciaria; quaſi & ipſa ad rationem legis duodecim tab. pertineret, quam etiam ob cauſam parens manumiſſor vicem dicitur legitimi tutoris ſuſtinere, *l.3. in fin. de leg. tut.*

TITULUS DECIMUSNONUS.
DE FIDUCIARIA TUTELA.

TEXTUS.

Filiiſfam. à patre manumiſſi pater tutor eſt legitimus: eo verò defuncto, frater tutor fiduciarius exiſtit.

Eſt & alia tutela, quæ fiduciaria appellatur; nam ſi parens filium, vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps impuberes manumiſerit, legitimam nanciſcitur eorum tutelam. Quo defuncto ſi liberi ejus virilis ſexus exiſtant, fiduciarii tutores filiorum ſuorum, vel fratris, vel ſororis, vel cæterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi ſunt tutores, quoniam filius quidem defuncti, ſi non eſſet à vivo patre emancipatus, poſt obitum ejus ſui juris efficeretur, nec in fratrum poteſtatem recideret, ideòque nec in tutelam. Libertus autem ſi ſervus manſiſſet, utique eodem jure apud liberos domini poſt mortem ejus futurus eſſet. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, ſi perfectæ ſint ætatis: quod noſtra conſtitutio in omnibus tutelis & curationibus obſervari generaliter præcepit.

NOTÆ.

Quæ fiduciaria appellatur] *l.4. D. de leg. tut.* per abuſionem inopia alterius nominis, ut rectè conjicit Hotom.

Filiorum ſuorum] Igitur & pater filii ſui ab avo emancipati, contra quam exiſtimant Cujac. Hotom. & Fabrot. Nam cùm ad patrem, quantumvis hæredem, jus patronatus, quòd avus in nepote habuit, non tranſeat, *l.1. §.1. ſi à par. man.* nec tutela, cujus illud cauſam dedit, tranſire poteſt, conſule Bacch. & noſtra hic in *Comm.*

Quoniam filius quidem defuncti] Ratio hæc particularis eſt, vera & generalis hæc, quod lex 12. tab. non modò patronos, verùm etiam liberos eorum ad legitimam ſucceſſionem libertorum vocat, & conſequenter etiam ad tutelam *ſup. de leg. patr. tut.* pater verò aut frater filii ſui aut fratris ab avo vel patre emancipati, legitimi hæredes non ſunt: nec igitur legitimi tutores, *l. 1. unde legit. l. 5. unde cogn.* qua de re ſupervacuum plura monere, cùm pridem fiduciaria tutela ſublata ſit, *l.4. C. de leg. tut. Nov. 118. c. 5.*

Si perfectæ ſint ætatis] *l. ult. §.4. Cod. de leg. hær.* id eſt, 25. annorum, *l. 1. §. 2. D. de min. l. ult. Cod. de leg. tut. l. ult. C. de his qui ven. æt. l.4. l.8. D. de leg. tut. l. 10. § 1. D. de tutel.* Quæ hic notat Cujac. & exſcripſit Pac. olim ita jus fuiſſe, ut minores 25. annis legitimi & dativi tutores fierent, &c. ex errore nata ſunt, Bacch. ad *§. 13. inf. de exc. tut.*

COM-

COMMENTARIUS.

GENERALI tutelæ legitimæ appellatione etiam fiduciariam complexi ſumus *ſup. de leg. agn. tut.* quia & ipſa vicem quadantenus legitimæ ſuſtinet: ut enim tutores legitimi, ita & fiduciarii ipſo jure tutores fiunt, & excludunt Attilianos: unde & permixtè iiſdem locis, quibus de legitimis tutoribus diſputatur, etiam de fiduciariis quæritur, ut *hic & in l.4.* Cæterum quia hæc tutela nulla interpretatione referri poteſt ad legem duodecim tabularum, ideò non legitima, ſed peculiari nomine fiduciaria appellata eſt: haud dubiè per abuſionem vocabuli, quod cùm in patre, cui alioqui ſoli id propriè convenit, non valuiſſet, ad liberos ejus quaſi hæreditarium translatum eſt inopia alterius nominis, ut rectè conjicit D. Hotom.

Filiorum ſuorum, vel fratris, vel ſororis, vel cæterorum] Obſervandum hìc eſt, tres fiduciariæ tutelæ quaſi gradus à Juſtiniano poni, quorum primus eſt filiorum; alter fratris vel ſororis; tertius cæterorum. Non igitur frater tantùm fratris emancipati, aut patruus fratris filii, defuncto patre ſuo emancipatore & tutore legitimo, fiduciarii tutores ſunt: ſed etiam ipſe pater filii ſui, ab avo emancipati, eo mortuo, non legitimus, ut avus, ſed fiduciarius tutor erit: contra quam Hotom. & Mynſ. exiſtimant. Cur autem ne hic quidem legitimus ſit, mox intelligetur.

Atqui patrono] Πρόληψις. Videri enim poterat dicendum eſſe, hoſce omnes eſſe tutores legitimos, exemplo liberorum patroni, qui patrono legitimo tutore mortuo legitimi fiunt tutores liberti. Sed exemplum hoc diſſimile eſt. Nam lex duodecim tab. non modò patronos, verùm etiam liberos eorum ad legitimam ſucceſſionem liberorum vocat, & conſequenter etiam ad tutelam, eadem videlicet ratione, qua vocantur patroni. Pater autem aut frater filii ſui aut fratris ab avo vel patre emācipati legitimi hæredes non ſunt: nec igitur legitimi tutores, *l.1. unde legit. l.5. unde cogn.* Atque hæc ratio generalis eſt, pertinens ad omnes perſonas, quas enumeravimus. Aliam etiam mox reddit Juſtinianus.

Quoniam filius quidem] His verbis occurritur propoſitæ objectioni. Ratio autem diverſi juris, quam hic Juſtinianus affert, particularis eſt, & claudicare videtur in nepote ab avo emancipato. Etenim nepos ſi emancipatus non fuiſſet, poſt mortem avi in poteſtatem patris ſui in poteſtate retenti recidiſſet: ideòque ex ratione Juſtiniani etiam in legitimam patris ſui tutelam poſt mortem avi recidere debet. Niſi dicamus in eo adhuc differentiam eſſe, quòd ad liberos patroni jus patronatus jure hæreditario redit, ac proinde & tutela legitima, quæ jus illud ſequitur; prorſus ut libertus, ſi ſervus manſiſſet, poſt mortem domini in poteſtatem liberorum ejus hæreditate perveniſſet. At liberi non jure ſucceſſionis, ſed proprio patris jure in poteſtatem ejus recidunt; quippe qui & exhæredatus eamdem poteſtatem retineat: neque ad patrem, quantumvis hæredem, jus patronatus, quod avus in nepote habuit, tranſit, *per l.1. §. pen. ſi à par. quis man.* ut mirum non ſit eum non ſuccedere in tutelam, qui non ſuccedit in jus patroni, aut in poteſtatem, quæ tutelæ cauſam dedit. Rectè autem hic notant interpp. fiduciarios tutores eſſe deſiiſſe, ex quo fratres emancipati ad legitimam fratrum tutelam ab Anaſtaſio vocati ſunt, *l. 4. C. de legit. tut.* Maximè verò jure noviſſimo, quo juris agnatici & cognatici diſcrimen hac in parte penitus ſublatum eſt. *Nov. 118. cap. 4. & 5.*

Nec in tutelam] Subaudi, *legitimam emancipatus recidit*. Alioqui perſpicuè falſum eſſet: nam ex fratribus in poteſtate retentis, patre mortuo, qui eorum ætatis perfectæ eſt, alterius fratris legitimus fit tutor. D. Hotomanus putat, totum hoc adventitium eſſe, atque à gloſſatore annotatum.

Perfectæ ætatis] *l. ult. §. 4. C. de leg. hær.* Ætatem autem perfectam appellat, qua completur virilis vigor, nempe annorum quinque & viginti, *l. 1. §. 2. de min. cap. l. 4. l. 8. de leg. tut. l. ult. C. eod. l. ult. Cod. de his qui ven. ætat.* Quæ notat Cujacius, & Pacius exſcripſit, olim ita jus fuiſſe, ut minores 25. annis legitimi & dativi tutores fierent, &c. falſa eſſe oſtendimus *inf. de excuſ. §. item major.*

TITULUS VIGESIMUS.

DE ATTILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX LEGE JULIA, ET TITIA DABATUR.

D. Lib. 36. Tit. 5. C. Lib. 5. Tit. 34. & 36.

Continuatio & ſumma Tituli.

PROGREDITUR nunc Imp. ad tertiam tutelæ ſpeciem, nempe dativam ſive Attilianam, cujus poſtrema ratio eſt, docetque quibus ex legibus, à quo magiſtratu, & quando tutores dentur. Poſtremò nonnihil attexit, quod ad tutores omnes & officium eorum in univerſum pertinet.

TEX-

Textus.

Jus antiquum, ſi nullus ſit tutor.

Si cui nullus omninò tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem à prætore urbano, & majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Attilia: in provinciis verò à præſidibus provinciarum ex lege Julia, & Titia.

Notæ.

Majore parte tribunorum pleb.] Ulp. *tit.* 11. §. 17. majore parte, id eſt, ſex: erant enim decem, *l.2.* §. 34. *de orig. jur.* Liv. *lib.*3. Halic. *lib.6.*

Ex lege Attilia] Duo hic notanda, 1. jus dandi tutores non competere magiſtratui vi ſuæ juriſdictionis, ſed ex ſpeciali legis conceſſione, *l.6.* §.2. *D. de tut.* 2. lege Attilia ſublatum in hac cauſa fuiſſe jus intercedendi collegarum. Hotom.

Lege Iulia & Titia] Unica hæc lex fuit, ut lex Julia & Papia; & quando aut à quibus lata ſit, parum conſtat.

Commentarius.

NUllus omninò] Neque teſtamentarius, neque legitimus, aut qui ſub illis continetur, à magiſtratu confirmandus & fiduciarius. Atque hæc ſpecies ex duabus ſummis, quæ locum Attiliano tutori faciunt, prima eſt. Altera eſt in §.1. *hujus ejuſdem tituli*. Duæ autem cauſæ in hoc principio indicantur, quas ad conſtitutionem hujus tutelæ concurrere oportet: una eſt remotior, nimirum leges Attilia, Julia & Titia, quæ quando aut à quibus latæ, parum conſtat: altera propinqua eſt, videlicet factum magiſtratus, cui ex iſtis legibus jus dandi tutores competit; ut in urbe prætori cum tribunis plebis, in provinciis præſidibus earum. Unde diſcimus eos ſolos jus dandi tutores habere, quibus id nominatim lege aliqua conceſſum eſt, *l.6.* §. 2. *de tutel.*

Majore parte tribunorum] Id eſt, ſex: erant enim decem, *l.2.* §.34. *de orig. jur. Liv. lib.3. Halicarn. lib.6.* hoc autem non ſic accipiendum eſt, quaſi prætor una cum ſex tribunis quem vellet tutorem dederit: ſed quòd cùm omnes tribuni adhiberentur, ex ſententia tamen majoris partis tutor creandus eſſet, ſublato in hac cauſa jure intercedendi collegarum: cùm alioqui vel unius è collegis interceſſione impediri potuiſſet, quod cæteri decreviſſent, ut rectè hic monet D. Hotom. & paſſim teſtatur Livius.

Textus.

Si ſpes ſit futuri tutoris Teſtamentarii.

1. *Sed etſi in teſtamento tutor ſub conditione, aut ex die certo datus fuerat: quamdiu conditio, aut dies pendebat, ex iiſdem legibus tutor alius interim dari poterat. Item ſi purè datus fuerat, quamdiu ex teſtamento nemo hæres exiſtebat, tamdiu ex eiſdem legibus tutor petendus erat, qui deſinebat eſſe tutor, ſi conditio extiterat, aut dies venerat, aut hæres extiterat.*

Notæ.

1 *Alius interim dari poterat*] Quia quamdiu teſtamentaria tutela ſperatur, legitima ceſſat, *l. 11. de teſt. tut.*

Quamdiu nemo hæres] Ex *l.10. eod.* Ratio, quia tamdiu cætera quoque omnia in ſuſpenſo ſunt, quæ ſcripta ſunt in teſtamento, ita ut hæreditate non adita ſimul cum teſtamento corruant, *l.9. eodem.*

Commentarius.

1 *Tutor ex certo die teſtamento datus cur ſtatim non fiat tutor.*
2 *Cur placeat teſtamentariam tutelam in ſuſpenſo eſſe, quamdiu nemo hæres ex teſtamento exiſtit.*
3 *Quibus caſibus accidat, ut inter mortem teſtatoris, & aditionem hæreditatis pluſculum temporis intercedat.*
4 *Aliquando etiam ad adeundam hæreditatem impuberi tutorem à magiſtratu dandum.*

HIc alter caſus proponitur, quo tutor à magiſtratu datur, nempe ſi is, qui teſtamento datus eſt, impediatur, quo minùs in præſentia tutelam capeſſat. Sic enim in univerſum jus eſt, ut quamdiu ſperatur tutela teſtamentaria, legitima ceſſet, *l. 11. de teſt. tut.* Impedimenta hæc quatuor ex cauſis potiſſimùm oriuntur: vel quòd tutor teſtamento datus ſit ſub conditione; vel quòd ex certo die, vel quòd hæres inſtitutus aditionem hæreditatis protrahat: vel denique quòd qui teſtamento datus eſt, ab hoſtibus captus ſit, de quo §. ſeq.

Sub conditione aut ex certo die] Ex *d. l. 11. de teſt. tut.* De conditione res certa eſt: quippe quæ actus omnes ſuſpendit, §.4. *inf. de verb. obl.* Dies quoque incertus pro conditione eſt, *l.1.* §. 2. *l. dies 75. de cond. & dem.* De certo die juſta eſſe poterat dubitandi ratio. Nam ſicut obligationi dies certus adjectus non impedit, quominùs quod promiſſum eſt, præſenti die debeatur, §.1. *inf. de verb. oblig.* ita & tutor ex die datus videri poterat ſtatim tutor eſſe, ut jam alius tutor dari 1

non

non poſſet, propter regulam traditam §. *pen. inſ. de curat.* Sed claudicat comparatio. Quippè ratio non patitur, ut dicamus eum tutorem eſſe, in quem nihil juris ante diem teſtator collatum voluit.

2 *Nemo hæres exiſtebat*] Hoc idem traditur in *l. 10. pr. de teſt. tut.* & ratio eſt, quia quamdiu pendet aditio hæreditatis, tamdiu quoque in ſuſpenſo ſunt omnia, quæ in teſtamento ſcripta ſunt; atque ut adita demum hæreditate confirmantur, ita ea non adita unà cum teſtamento
3 corruunt, *l. 9. d. tit.* Poteſt autem fieri, ut inter mortem teſtatoris & aditionem hæreditatis pluſculum temporis intercedat, vel quòd hæres ſub conditione inſtitutus ſit, vel quòd diebus cretionum aut jure deliberandi utatur. Cæterum hæc ad eum dumtaxat caſum referri poſſe videntur, quo confirmatio teſtamenti pendet ab aditione hæredis inſtituti. Nam ſi filium impuberem, quem in poteſtate pater habet, tutore dato ſimul hæredem inſtituit, is ut ſuus hæres & neceſſarius ipſo jure hæreditatem capit, §. 2. *inſ. de hær. qual.* Atque ut ſtatim poſt mortem patris & ipſo jure hæres exivit, ita & tutela hoc ipſo ſtatim confirmatur, cùm, ut Jo. Faber loquitur ſuitas pro aditione ſit, *l. 14. de ſuis & leg.* quod latiùs perſequitur An. Fab. *Juriſpr. tit. qui teſt. tut. pr. 1. ill. 18.* At finge patrem filio impubere, cui tutorem dedit, exhæredato extraneum hæredem inſtituiſſe, dum hæres de adeunda hæreditate deliberat, alius interim tutor à magiſtratu petendus erit. Idem dicendum eſt, ſi pater filio emancipato, ſive exhæredato, ſive præterito tutorem dederit nam & confirmandus pro teſtamentario eſt. Neceſſe eſt autem prius teſtamentum confirmari aditione hæreditatis, quàm à prætore confirmetur, qui tutor datus eſt. Sed & ſi pater filio emancipato hæredi inſtituto, aut mater liberis, aut extranei extraneis item hæredibus inſtitutis tutorem dederint, adhuc à magiſtratu tutor dandus eſt ad adeundam hæreditatem, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis eſt, *l. 5. de tut. dat. l. 19. de auct. tut. l. 17. §. 1. de appell.* Verùm hujuſmodi ſpecies non videtur ad propoſitum pertinere, propterea quòd Juſtinianus hic agit de tutore non ad unum aliquem actum, ſed ſimpliciter dando.

Qui deſinebat eſſe tutor] Pertinet hoc ad modos, quibus finitur tutela Attiliana, de quibus agitur in §. 2. *& pen. inf. quib. mod. tut. finitur.*

TEXTUS.

Si tutor ab hoſtibus ſit captus.

2. *Ab hoſtibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur; qui deſinebat eſſe tutor, ſi is, qui captus erat, in Civitatem reverſus fuerat. Nam reverſus recipiebat tutelam jure poſtliminii.*

NOTÆ.

2. *Ab hoſtibus capto tutore*] Ex Ulp. *l. 1. § 2. D. de leg. tut.* propter incertum eventum tutoris redituri.

Iure poſtliminii] Quia ſi apud hoſtes deceſſerit, ſuccedit legitimus, *l. 11. §. ult. tit. l. 8. §. 2. de tut. & rat. diſtr.*

COMMENTARIUS.

AB *hoſtibus capto*] Idemque erat, ſi tutor legitimus apud hoſtes eſſet, *l. 1. §. 2. de legit. tut.* Nam propter incertum eventum tutoris redituri, quo pleniùs pupillo proſpiceretur, tutorem potiùs, quàm curatorem, dari placuit, *arg. l. 17. §. 1. de appel.*

Recipiebat tutelam] At quid ſi tutor captus apud hoſtes deceſſerit? Legitimus nimirum, hoc eſt, agnatus proximus tutelam in prætorio tutore finitam excipiet, *arg. l. 9. §. 2. de tut. & rat. diſtr. l. 11. §. 3. de teſt. tut.* Qua ratione dicendum eſt, etiam legitimo tutore capto, atque apud hoſtes mortuo eum, qui interim à magiſtratu datus erat, tutorem eſſe deſinere, atque ad ſequentis gradus agnatos tutelam reverti.

TEXTUS.

Quando & cur deſierint ex dictis Legibus tutores dari.

3. *Sed ex his legibus tutores pupillis deſierunt dari, poſtea quàm primò conſules pupillis utriuſque ſexus tutores ex inquiſitione dare cœperunt, deinde prætores ex conſtitutionibus. Nam ſupradictis legibus, neque de cautione à tutoribus exigenda, rem pupillis ſalvam fore; neque de compellendis tutoribus ad tutelæ adminiſtrationem, quicquam cavebatur.*

NOTÆ.

3. *Primò conſules*] Quod à Claudio Cæſare inſtitutum tradit Suet. *cap. 23.* Plin. 9. *ep. 13.* datum ſe à conſulibus tutorem Helvidii filiæ.

Ex inquiſitione] Apud Theoph. vulgò legitur κτ̃ *juriſdictionem*, ad quem modum etiam Hotom. locum emendat; ſed perperam, & in Mss. Th. eſt κτ̃ ἀναζήτησιν, teſte Fabrot.

Prætores] Scil. ſol. abſque tribunis Prætorem tutelarem primus fecit M. Antonius Philoſ. Capitolinus in *ejus vit.*

Neque de cautione] *Vid. infr. de ſatiſd. tut. pr. & §. 3.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ ſit ratio cogendi tutores ad tutelam capeſſendam.*

PRimò *conſules*] Primus Imperator Claudius auctore Tranquillo, ſanxit, ut pupillis extra ordinem à conſulibus tutores darentur. Quod jus viden-

videntur conſules aliquando etiam uſurpaſſe, cùm jam tutorum creatio ad curam prætoris potiſſimè pertineret: arguit certè id locus Modeſtini in *l. 1. §. 1. de conſ. tut.* in verbis, *ἐκ τῆς ἀνακριτικῆς ἐξετάσεως.*

Ex inquiſitione] D. Hotom. reponit, *ex juriſdictione*, quomodò etiam legiſſe videtur Theophilus, qui vertit *κατὰ juriſdictionem*. Et ſanè probabile non eſt, antea temerè & ſine ulla inquiſitione tutores dari potuiſſe: quamquam neceſſe non eſt textum ob id mutare: nam fortaſſis conſtitutionibus demum ratio inquirendi certò definita eſt. Diſcimus autem ex Modeſtino, quatuor potiſſimùm in rebus eam conſiſtere, ut inquiratur, tutor creandus ſitne vitæ frugi, & honeſtis moribus; ſitne locuples; num ſe ingerere voluerit, ut crearetur: denique num pecunia data tutelam ambierit, *l. ſcire oportet 21. §. ult. de tut. & cur. dat.*

Prætores ex conſtitutionibus] Jul. Capitolinus hoc tribuit M. Antonino Philoſopho; *Prætorem*, inquit, *tutelarem primus fecit, cùm ante tutores à conſulibus poſcerentur, ut de tutoribus diligentiùs tractaretur.* Atque hic iterum obſervandum, neque conſules neque prætores vi imperii aut magiſtratus ſui jus dandi tutores habuiſſe; ſed tum demum habere cœpiſſe, poſtquàm de iis ſpecialiter datum eſt conſtitutionibus Principum.

Nam ſupradictis legibus] Duplicem cauſam affert, cur tandem ex legibus Attilia, Julia & Titia tutores ampliùs dari non placuerit: una eſt, quia iſtis legibus nihil cavebatur de ſatiſdatione à tutoribus exigenda, rem pupilli ſalvam fore: altera, quia nihil definiebant de compellendis tutoribus ad tutelæ adminiſtrationem: quod utrumque factum eſt conſtitutionibus. Neutrum autem proprium eſt hujus generis tutorum: nam cautio vel maximè ad legitimos pertinet, ut videbimus *inf. de ſatiſd. tut.* Coactio verò om-
1 nium tutorum communis eſt. Coguntur autem extra ordinem remediis prætoriis, videlicet multæ dictione, aut captis pignoribus, *l. 1. de adm. tut. l. 7. C. de ſuſp. tut. l. 9. de mun. & hon. §. pen. inf. de ſatiſd. tut.* Noſtris moribus certo loco addici ſolent, cauponæ ſive diverſorio; quæ forma compellendi & exequendi *Fyſelinge* vocatur, & apud nos uſitata eſt in præſtatione facti, *vid. art. 31. ord. juſt. & art. 14. cum 2. ſeqq. amp. Inſt. cur.* Compelli tamen & alia paratæ ſive præſentaneæ executionis via poſſunt, ſi hoc conſultius videbitur, *art. 11. ſtatus Rhiinland.*

Textus.

Jus Novum.

4. *Sed hoc jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor ſecundum ſuam juriſdictionem, in provinciis autem præſides ex inquiſitione tutores crearent, vel magiſtratus juſſu præſidum, ſi non ſint magnæ pupilli facultates.*

Notæ.

4. *Præfectus urbi*] *l. 45. §. 3. D. de excuſ.* De officio hujus magiſtratus conſule *tit. D. de off. præf. urb.* Gruch. 2. *de comit.* 2.

Secundùm ſuam juriſdictionem] Prætoris imperium muris urbis definiebatur, præfecti urbis uſque ad centeſimum lapidem, *l. 1. §. 1. de offic. præf. urb.*

Præſides] Hoc nomine hìc videntur intelligi omnes, qui provincias regunt, non ſoli legati Cæſaris, *l. 1. D. de off. præf.* junct. *l. D. de tut. dat.*

Ex inquiſitione] Quæ quibus in rebus conſiſtat, docet Mod. *l. 21. §. pen. & ultim. de tut. dat.*

Magiſtratus] Intellige municipales, *l. 3. d. tit. l. 2. §. 23. D. ad ſen. Tertyll.* Græci στρατηγοὺς appellant. Theoph. Baſil.

Commentarius.

1 *Jure magiſtratus quæ competere dicantur, & quæ ſpecialiter tributa.*

2 *Ea quæ jure magiſtratus competunt, mandata juriſdictione tranſire, ſpecialiter conceſſa non item.*

3 *Vocabulo juriſdictionis latè ſumpto etiam ea, quæ ſpecialiter tribuuntur, non abſurdè eò referri.*

Præfectus urbi] Qua primùm lege tutoris dandi poteſtas præfecto urbis data ſit, non memini legiſſe: datam tamen conſtat, *l. Titius 45. §. Romæ de excuſ. l. 1. C. de tut. illuſt.* Olim hic magiſtratus juri dicundo conſtituebatur ad tempus regibus aut magiſtratibus urbis præfectis. Poſt cœpit conſtitui ad paucos dies tantùm, quoad ſolemne ſacrum feriarum Latinarum peractum eſſet. Primus Auguſtus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teſte Tacito *6. annal.* Auxit deinde poteſtatem præfecti Divus Severus, dataque ei cognitio de omnibus criminibus, non tantùm in urbe, ſed etiam in Italia, uſque ad centeſimum ab urbe lapidem, *l. 1. de off. præf. urb.* Conſulatur *Gruch. 2. de comit. 2.*

Secundùm juriſdictionem] Quod ſemel atque iterum in tranſitu diximus, tutoris dationem magiſtratui non competere jure ſui magiſtratus, aut vi juriſdictionis, quam habet: ſed ex ſpeciali conceſſione vel legis vel Principis, id operæ pretium eſt explicatiùs conſiderari: ita enim planè intelligemus, quid his verbis, *ſecundùm juriſdictionem ſuam*, Juſtinianus ſignificet, & ſimul, utrùm mandata juriſdictione, jus dandi tutores tranſeat, necne. Jure magiſtratus competere
propriè dicuntur, quæ quiſque magiſtratus ex 1
natura officii ſui habet, ſive ob id, quod propterea initio creatus eſt. Igitur quæ prætor habet ut prætor, præſes ut præſes, &c. jure ſui magiſtratus habere dicuntur. Verbi cauſa, prætor initio conſtitutus eſt ad hoc, ut urbe juri dicundo præeſſet, *l. 2. §. cumque conſules 27. de orig. jur.* Prætori igitur jure magiſtratus ſui competit juriſdi-

ctio, & imperium, quod juriſdictioni cohæret, in cauſis, de quibus, & inter perſonas, quibus jus reddere juſſus eſt. His opponuntur quæ ſpecialiter lege aliqua vel conſtitutione magiſtratui poſtea tributa ſunt, *l.1. de off. ejus cui mand.* Cujuſmodi eſt imperium, quod dicitur merum, *d.l.1.* item actiones legis, quæ in ſpecie ſic appellantur, ut adoptio, emancipatio, manumiſſio, *arg.l.2.& 3. de off.proconſ.l.1.de off.juriſd.l.1.C.de adopt. Paul. 2.ſent.25.* atque hujus quoque generis eſt tutoris datio, *l.6.§.2.de tutel.* Ex quo loco apparet, lege concedi non tantùm ea dici, quæ in cauſis ſingulis ſpecialiter ſingulis conceduntur, puta Titio aut Mævio; ſed etiam quæ in univerſum tribuuntur, & ſub nomine officii, puta prætori, præſidi, &c. Quæ jure magiſtratus competunt, natura ſua inſunt juriſdictioni, & ideò mandata juriſdictione tranſeunt; quæ autem ſpecialiter magiſtratui conceſſa ſunt, non tranſeunt: quia ea non ex natura officii ſui habet, ſed ex nova & adventitia autoritate, quę ad officium & juriſdictionem magiſtratus, cui tributa ſunt, neceſſariò non pertinet, *l.1.de off.ejus cui mand.l.8.de tut.& cur.dat.d.l.2.& 3.de off.proconſ.* Cæterùm ſi latiùs verbum juriſdictionis, aut hæc verba, *jure magiſtratus*, accipias, etiam ea, quæ ita, uti diximus, magiſtratui ſpecialiter conceſſa ſunt, ad officium ejus, aut juriſdictionem pertinere, haud abſurdè dixeris, *arg.l.1.juriſd.l.3.pr.de poſtul.l.1.§.5.jud. ſolv.d.l.2.§.1.de off.proconſ.* utique acceſſione novæ auctoritatis plenius atque auctius officium ejus factum. In latiori autem hac ſignificatione accipiendum, quod hic dicitur, *ſecundum juriſdictionem*, quamquam hæc verba & aliam interpretationem ſatis commodam admittunt, nimirum ut intelligamus, prætorem non alio in loco tutorem dare poſſe, quàm in quo juriſdictionem habet, neque aliis perſonis, quàm quæ juriſdictioni ejus ſubjectæ ſunt, *per l.1.in fin.l.3.de tut.d.tit.l.ult.de juriſd.* ut *ſecundùm juriſdictionem ſuam* idem valeat, quòd *ſecundùm territorium juriſdictionis ſuæ*: puta Romæ dumtaxat, aut in vicinis urbi municipiis, *arg.l.5.de confirm.tut. D. Tulden.hic c.3. poſt Mynſ.& alios.*

Præſides] Generali nomine præſidis & proconſul & præfectus Ægypti, omneſque, qui provincias regunt, appellantur, *l.1.de off.præſ.* quibus item omnibus tutores dare permiſſum eſt, *l.1.de tut.& cur.dat.* Specialiter autem præſides dicuntur, qui aliàs legati Cæſaris, *l.pen.ff.de off.præſ.* nimirum qui mittebantur in provincias Principis, ſeu eas, quas Principes ſibi reſervaverunt. De quo vid. *Dion.lib.53.Sueton.in Aug.cap.47.*

Magiſtratus juſſu præſidum] Hoc non ita accipiẽdum eſt, quaſi vi hujus juſſus aut mandati magiſtratus municipales tutores dare potuerint, (nam iis quoque hoc jus ſpecialiter datum eſt, *l.3.de tut.dat.*) ſed ideò dicitur, quia non ante hoc jus uſurpare poterant, quàm rem ad præſidem, cujus primæ partes erant, detuliſſent, iſque eam, quòd fortè aliis negotiis avocaretur, nec magnæ eſſent pupilli facultates, ad eos remiſiſſet, *l.1.§.ſi præſes, & ſi curatores de mag.conv.* Nec admodum diſſimile eſt exemplum legati proconſulis, qui mandata demum à proconſule juriſdictione tutorem dare poteſt, *l.13.junct.l.pen.de off.proconſ.* nec tamen propter mandatum juriſdictionem, ſed quia id ei ſpecialiter datum eſt oratione Divi Marci, *l.1.§.1.de tut.dat.* ea nempe lege, ut id demum exercere poſſit, poſtquam ei mandata eſt juriſdictio, ut illa juriſdictionis delegatio tantùm ſit neceſſarium antecedens & cauſa ſine qua non.

TEXTUS.

Jus Noviſſimum.

5\. *Nos autem per conſtitutionem noſtram hujuſmodi difficultates hominum reſecantes nec expectata juſſione præſidum, diſpoſuimus, ſi facultates pupilli vel adulti uſque ad quingentos ſolidos valeant, defenſores civitatum una cum ejuſdem civitatis religioſiſſimo Antiſtite, vel alias perſonas publicas, id eſt, magiſtratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare: legitima cautela ſecundum ejuſdem conſtitutionis normam præſtanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.*

NOTÆ.

5\. *Conſtitutionem*] Intelligit *l.30. Cod. de Epiſc. aud.*

Quingentos ſolidos] Id eſt, aureos. Aureus autem centum continet valetque ſeſtertios, ergo quingenti ſolidi efficiunt quinquaginta HS. millia Briſſ. & Hot. *in com. de verb. ſign.* Quòd ſi pupilli majores ſint quingentenariis, à præſidibus dabitur tutor.

Defenſores civitatum] De defenſoribus civitatum vid. *lib.1. Cod. tit.55. Nov. 15.* [illegible] *ἐκδίκων.* Alc. *3. diſp.5.*

Religioſiſſimo Antiſtite] Εὐλαβεστάτῳ ἐπισκόπῳ. Th. in conſtitutione, θεοφιλεστάτῳ, *Deo chariſſimo.*

Vel alias perſonas publicas] Conſtitutio exigit, ut legamus, *vel aliis perſonis publicis, vel magiſtratibus, vel juridicum &c.* Cujac.

Juridicum] Cui etiam olim data eſt legis actio, & jus tutores dandi, *l.1.& 2. de off. jurid.* δικαιοδότης exponitur in Baſil.

Qui eam accipiunt] Cautelam ſive cautionem rem pupillis ſalvam fore. Intelligit autem magiſtratus municipales, qui pupillis in ſubſidium tenentur, *§.2.inf.de ſatiſd.tut.*

COMMENTARIUS.

QUod jure veteri obtinebat, ut magiſtratus municipales non aliter rectè tutores crearent, quàm ſi id facere à præſide juſſi aut moniti eſſent, id ex parte à Juſtiniano mutatum eſt, conſtitutumque, ut ſi pupilli facultates non excedant

ſum-

Digitized by Google

ſummam 500. ſolidorum, liceat magiſtratibus cum civitatis Epiſcopo tutores creare, præſidis juſſu non expectato, *l. ſancimus 30. C. de epiſc. aud.* Ergo ſi majores ſint pupilli facultates, juſſus præſidis, ut ante, expectandus erit.

Quingentos ſolidos] Solidum idem eſſe, quod aureum, ex innumeris locis patet. Aureus centum continet valetque ſeſtertios. Ergo quingenti aurei, ſive ſolidi efficiunt quinquaginta H. S. millia; noſtræ monetę Caroleos bis mille quingenios. Vid. Briſſon. & Hotoman. in *comm. de verb. ſign.* Ex profeſſo autem hanc rem tractant Budeus *de aſſe*, & item Hotom. *de re nummaria.*

Vel alias publicas perſonas] Id eſt, magiſtratus, quos ſingulæ civitates more ſuo atque inſtituto habent. Cujacius ſcribit, conſtitutionem Juſtiniani exigere, ut legamus, *vel aliis publicis perſonis, vel magiſtratibus.*

Iuridicum Alexandrinæ civitatis] Cui etiam jam ante jus tutores dandi conſtitutione D. Marci datum fuit, *l. 2. de off. jurid.* & generaliter legis actio, *l. eod. tit.*

Eorum periculo] Magiſtratuum nimirum minorum, quorum jam facta eſt mentio. Hi enim ut ſatiſdationem exigebant, ita & pupillis in ſubſidium tenebantur, *tit. de mag. conu. §. 2. & ult. inf. de ſatiſd. tut.* quod nunc ferè abiit in deſuetudinem, ut illic notamus.

Textus.

Ratio Tutelæ.

6. *Impuberes autem in tutela eſſe, naturali juri conveniens eſt: ut is, qui perfectæ ætatis non ſit, alterius tutela regatur.*

Notæ.

6. *Iuri naturæ*] Tutela ortum à jure naturali ſumpſit: quippe cui juri omninò conſentaneum, ut alterius prudentia regatur, qui ipſe ſe defendere non poteſt. Cic. 1. *de off.* Incrementum autem & formam à jure civili.

Perfectæ ætatis non ſit] Pinguius perfectam ætatem hic appellat, qua tutela finitur. Pleumque enim perfectæ ætatis eſſe dicuntur majores 25. annis, ut *l. 1. D. de min. l. ultim. Cod. de leg. tut.*

Commentarius.

Tutela ex eorum numero eſt, quæ in genere & quaſi in abſtracto conſiderata ſunt juris gentium, in ſpecie & concreto juris civilis. Nam ineuntis ætatis inſcitia atq; imbecillitas alterius provectioris prudentia atque arbitrio conſtituatur ac gubernetur, juri naturali conveniens eſt, *Cic. 1. de off. Ariſt. 1. pol.* quod & apud omnes gentes procul dubio obſervatur. At forma regendi, qualitas perſonæ tutoris, ejuſque conſtituendi modus, poteſtatis, quam habet, circumſcriptio, hæc omnia ſunt juris civilis, prout quæque civitas ordinaverit.

Perfectæ ætatis non ſit] In calce §. *ult. præc. tit.* notavimus, perfectam ætatem in jure civili eam plerumque dici, quæ eſt annorum 25. Hic autem pinguiùs non eſſe perfectæ ætatis, accipitur pro non eſſe puberem, quamquam etiam ad puberes minores 25. annis, quod hic dicitur, quadrare poteſt.

Textus.

De tutelæ ratione reddenda.

7. *Quum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant, poſt pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.*

Notæ.

7. *Poſt pubertatem*] Vel alio modo tutela finita, *tit. D. de tut. & rat. diſtr.* niſi autem finita ſit tutela, tutelæ agi non poteſt, *l. 4. pr. l. 9. §. 4. d. tit.*

Commentarius.

1 *Moribus noſtris tutores etiam ſingulis annis rationem reddere adminiſtrationis ſuæ.*

Hic locus obiter tutores admonet officii ſui atque adminiſtrationis; quod in Pand. & Cod. copioſè explicatur *tit. de admin. tut. add. Grot. 1. man. 9. art. 21. & ſeqq. ſtatut. Rhinland.*

Poſt pubertatem] Quippe tutelæ agi non poteſt, niſi tutela finita ſit, *l. 4. de tut. & rat. diſtr.* ejuſque rei hanc rationem reddit Ulpian. *l. 9. §. & generaliter, eod. tit.* quod abſurdum ſit à tutore rationem adminiſtrationis negotiorum pupilli repoſci, in qua adhuc perſeveret: quam ob cauſam nec à curatore rationes curæ adminiſtratæ durante officio actione utili ſive tutelæ ſive negotiorum geſtorum exigi poſſunt, *l. 2. l. ratione 14. C. de admin. tut.* Hoc diſſimile eſt, quòd curatores durante adhuc ratione ſingularum rerum nomine conveniri poſſunt, *l. 16. §. 1. de tut. & rat. diſtr. l. cum curatore 26. de adm. tut. l. 1. §. 3. in fin. de cont. tut. act.*

Tutelæ judicio] In omnibus, quæ fecit tutor, cùm facere non deberet, item in his, quæ non fecit, tutelæ judicio rationem reddit, præſtando dolum & culpam & quantam in ſuis rebus diligentiam, *l. 1. de tut. & rat. diſtr.* nec poteſt hæc rationis reddendæ neceſſitas à patre teſtamento remitti, *l. 5. §. Iulian. de adm. tut.* quamquam inventarii ſolemnis confectio prohiberi poteſt, ne ſecreta patrimonii pandantur, *l. ult. §. Cod. de arbitr. tut.* de quo vid. *Montan. de jur. tut. cap. 32. reg. 4. de confect. inv. num. 98. & ſeqq. Meller. 1. ſemeſt. 39.* Rationem reddere noſtratibus eſt, *Rekening. ende bewys doen*, reliqua *doen*: idque facere noſtro jure tutores tenentur non ſolùm finita tutela, ſed etiam quotannis, juxta *art. 44. add. ſtatut.* & ea quæ *in fin. d. cap. 9.* notat Grot.

Grot. quod etiam per univerſam Germaniam obſervatur ex conſtitutione Caroli V. teſte *Schneid. hic Vreſemb. par. de adm. tut. num. 3.* & jure Canonum jam ante obtinuiſſe arguit *Clement. 3. de relig. dom. & cap. t. de cler. ægrot. Zypæ not. jur. Belg. de tutor. verſ. tutor.*

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.
DE AUCTORITATE TUTORUM.

D. Lib. 26. Tit. 8. C. Lib. 5. Tit. 59.

Ratio diſpoſitionis.

TRIA potiſſimùm ſunt, in quibus gubernatio tutoris conſiſtit; in perſona pupilli tuenda; in rebus ejus gerendis; in auctoritate ei præſtanda. Tuitio educationem, inſtitutionem defenſionemque pupilli continet. In rerum adminiſtratione tutoris officium eſt, ut omnia ex utilitate pupilli bona fide curet. Auctoritas ad ea pertinet, quæ pupillus ipſe gerit; neque aliud eſt, quàm probatio ejus, quod à pupillo vel cum pupillo geritur, *l. 3. hoc tit.* Duo priora hic omiſſa ſunt, & fortaſſe conſultò, quia eorum tractatio prolixior viſa eſt, quàm ut operi Iſagogico inſeri debuerit. In Pand. autem & Cod. diligenter expoſita ſunt *tit. de adm. tut.* Tantùm §. *ult. ſup. tit.* levis quædam mentio facta eſt adminiſtrationis & reddendarum rationum: unde tamen ordinis ratio petenda videtur & continuatæ tractationis, arg. ordinis Pand. Duo autem hìc docet Juſtinianus; quibus in negotiis neceſſaria ſit tutoris auctoritas, & quomodò interponenda.

TEXTUS.

In quibus cauſis ſit neceſſaria.

Auctoritas autem tutoris in quibuſdam cauſis neceſſaria pupillis eſt, in quibuſdam non eſt neceſſaria: ut ecce, ſi quid dari ſibi ſtipulentur, non eſt neceſſaria tutoris auctoritas: quòd ſi aliis promittant pupilli, neceſſaria eſt tutoris auctoritas. Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere iis facere etiam ſine tutoris auctoritate: deteriorem vero non aliter quàm cum tutoris auctoritate. Unde in his cauſis, ex quibus obligationes mutuæ naſcuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depoſitis, ſi tutoris auctoritas non interveniat, ipſi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur; at invicem pupilli non obligantur.

NOTÆ.

Auctoritas tutoris] Tutores vel negotia gerunt ipſi, vel pupillis negotium gerentibus auctoritatem interponunt. Ulp. *tit.* 11. §. 24. id eſt, negotium confirmant, hoc enim eſt, auctorem fieri, *l. 3. hoc tit.*

Si quid dari ſibi] Pupillus, qui jam aliquem intellectum habet rectè ſibi dari, ſine tutore ſtipulatur, *l. 9. pr. eod. §. 9. infr. de inut. ſtip. l. 1. C. de auct. præſt.* aut aliquid ſibi remitti, *l. 2. D. de accept.* & in univerſum quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate; *l. 11. D. de acq. rer. dom.*

Si aliis promittant] Aut quid remittant alienentve, *l. 5. l. 9. hoc tit. §. ult. inf. quib. al. lic.* aut hæreditatem adeant, §. 1. *inf. eod.*

Meliorem conditionem facere] Neque enim eis invidendum, ut rem ſuam augeant ſine tutore, qui magis cuſtos datus videtur pupillo, ne rem ſuam perdat. Fabror.

Obligationes mutuæ] Qui contractus cum aliis initi ultroque citroque obligationem pariunt, initi cum pupillo ſine tutoris auctoritate eos ſolum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, *l. 13. §. propen. D. de act. empt. l. 33. D. pro ſoc. l. 13. §. ult. D. commod.* à parte autem pupilli claudicant *συναλλάγματα*.

COMMENTARIUS.

IN *quibuſdam cauſis neceſſaria*] Ubi tutor ipſe negotium gerit, ſupervacua eſt auctoritas. At pupillo gerente, quod aliquando neceſſarium eſt, puta ſi de ſervo manumittendo, aut de adeunda hereditate agatur, aut conſtituendo procuratore, §. 1. *inf. eod. §. ult. inf. de curat.* locus eſt auctoritati tutoris: eaque in quibuſdam rebus, quæ à pupillo geruntur, neceſſaria eſt, in quibuſdam non eſt. In quo hæc diſtinctio pro utilitate pupillorum recepta eſt, ut ipſi contrahendo aut aliud gerendo meliorem quidem conditionem ſuam facere poſſint, etiam ſine tutoris auctoritate; deteriorem verò non poſſint, niſi cum tutoris auctoritate, *leg. 9. hoc tit. leg. 28. de pact. l. 11. de acqu. rer. dom.* Et rectè, nam ubi nullum incommodum metuitur, fruſtra expectatur tutoris auctoritas; quæ ad hoc ſolùm comparata eſt, ut in metu periculi pupillo per eam conſulatur. Quòd ſi culpa tutoris in damnum in-

Digitized by Google

inciderit pupillus, eo nomine tutorem obligatum habet judicio tutelæ. Notandum autem eſt, hanc diſtinctionem pertinere ad pupillum infante majorem: nam infans ne tutore quidem auctore quicquam gerere poteſt, *vid. inf. §. pupillus de inut. ſtip.*

Si quid dari ſibi ſtipulentur] Nullum periculum eſt, ſtipulariter, inquit ille apud Plaut. aut Pſeudol. Idem eſt, ſi paciſcantur aut ſtipulentur, ut id quod debent, iis remittatur aut acceptum feratur, *d.l.28. de pact. l.2. de accept.*

Aliis promittant] Aut rem ſuam alienent, actionem remittant; quod eis debetur, repudient; debitam pecuniam ſolvant, creditam accipiant, *l. 5. l. 9. hoc tit. l. 11. de acq. rer. dom. §. ult. inf. quibus ad lic.*

Et quibus obligationes mutuæ] Ex quibuſdam contractibus mutuæ obligationes, id eſt, ex utraque parte naſcuntur, ut in emptione, locatione mandato, ſocietate, & aliis id genus: tam enim verbi cauſa obligatur emptor ad pretium ſolvendum, quàm venditor ad rem præſtandam. Ex quibuſdam verò naſcitur obligatio ex una parte tantùm; ut in mutuo ſolus obligatur, qui accipit in ſtipulatione, qui promittit, *l. 19. de verb. ſign.*

Qui cum his contrahunt, obligantur] Qui contractus cum aliis initi ultro citroq; obligationem pariunt, hi ſi cum pupillo contractum ſit ſine tutoris auctoritate, ab uno tantùm latere conſtant, eoſque ſolùm obligant, qui cum pupillo contraxerunt, pupillos non item, *l. Iulianus 13.* favor pupillorum, partim quod qui cum pupillo contrahit, cujus ætatem aſpectus ipſe indicat, ſuæ temeritati id imputare debeat, per *l. qui cum alio 19. de reg. jur.*

Non obligantur] Niſi in quantum locupletiores facti ſunt, *l. 1. l. 5. §. 1. hoc tit.* Natura enim æquum eſt, neminem locupletari cum alterius jactura, *l. 14. de cond. ind.* An pupillus ſine tutoris auctoritate ex conventione ſaltem naturaliter aliquando obligetur, & quam vim ea obligatio habeat jure civili, diſputamus *inf. de inut. ſtip. ſup. pupillus 9.*

TEXTUS.

Exceptio.

1. *Neque tamen hæreditatem adire, neque bonorum poſſeſſionem petere, neque hæreditate ex fideicommiſſo ſuſcipere aliter poſſunt, niſi tutoris auctoritate, (quamvis illis lucroſa ſit) ne ullum damnum habeant.*

NOTÆ.

1. *Neque hæreditatem adire*] Ex Cajo *l. 9. §. 3. hoc tit.* cujus rei non alia ratio quærenda, quàm quòd facto ſuo ſine tutore ſe obligare non poſſunt, *d.l.9. pr. l. 9. D. acq. hær.* Non pertinet quidem hoc ad ſuos hæredes, beneficio tamen prætoris abſtinentium eadem cauſa, *§. 1. inf. de hær. qual. & diff. §. 3. inf. de hær. quæ ab int.*

Neque bonorum poſſeſſionem, &c.] Bonorum poſſeſſionis & fideicommiſſi hæreditatis eadem, quæ hæreditatis jure civili aut directò delatæ, ratio, *inf. lib. 3. tit. 10. & lib. 2. tit. 23.*

Ne ullum damnum habeant] Leg. *nec ullum damnum habeat*, & ſine parentheſi, ut apud Cajum *d. loc.* idem enim eſt, etſi nullum damnum ſed lucrum tantùm hæreditas contineat, ex ratione jam dicta. Bachov.

COMMENTARIUS.

HÆreditatem adire] Pupillus hæreditatem ſibi delatam ſine tutoris auctoritate adire non poteſt, *l. 9. §. 3. hoc tit.* Cujus rei non alia ratio quærenda, quàm quòd facto ſuo ſine tutoris auctoritate ſe obligare non poteſt, *l. 8. de acq. hær. d. l. 9. pr. hoc tit.* At inquis, poſt conditionem ſuam meliorem facere, etiamſi tutor auctor non ſit: fateor, modò ne ipſe obligetur: ideòque à parte pupilli claudicant τὰ συναλλάγματα. Fieri autem non poteſt, ut pupillus hæreditate quæſita non obligetur, ut hæres creditoribus hæreditariis & teſtamentariis, illis ut defuncti perſonam repræſentant, his ipſa aditione hæreditaris. Neque enim his eſt, quod creditoribus aut legatariis imputetur, qui cum pupillo herede non contrahunt; ſed in eum incidunt, quod & Mynſ. obſervavit. Alia vulgò ratio affertur, periculum ſcilicet æris alieni, quo emergente incipiat damnoſa eſſe hæreditas; multaque inſuper in hæredibus eſſe metuenda, vexationem, negotiorum multitudinem, offenſas, invidiam, *l. 4 ad ſen. Treb.* Itaque quia judicio animi hic opus ſit, neceſſariam eſſe tutoris auctoritatem, *l. 189. de reg. jur.* Quæ ut vera eſſe fateamur: illud tamen adhuc reliquitur, cur non ſaltem favore pupillorum ſuſtineatur hæreditatis acquiſitio, quatenus illis lucroſa ſit. Loquimur autem de pupillis extraneis hæredibus; quippe quibus ad acquirendam hæreditatem aditione opus ſit: nam ſui hæredes ſine facto ſuo ipſo jure hæredes fiunt, etiam ignorantes, *l. 8. de acq. hær. §. 2. inf. de hær. quæ ab int. def.*

Neque bonorum poſſeſſionem] Ob eamdem nimirum rationem, quia bonorum poſſeſſio vi ipſa nihil aliud eſt, quàm hæreditas, & in omnibus vice hæredum bonorum poſſeſſores habentur, de quo *inf. lib. 3. tit. de bon. poſſ.*

Hæreditatem ex fideicommiſſo Et hoc eamdem rationem habet: nam cùm reſtituta hæreditate actiones omnes, quæ hæredi in hæredem competunt, ex S. C. Trebelliano tranſeant in fideicommiſſarium, ſi pupillus ex fideicommiſſo hæreditatem ſuſceperit, eo facto perindè obligabitur, ac ſi quamlibet hæreditatem adiiſſet. De fideicommiſſariis hæreditatibus tractabitur *inf. lib. 2. tit. 23.*

Nec ullum damnum habeant] Melius meo judicio Cujac. Hotom. Vveſemb. legunt, *quamvis illis lucroſa ſit, nec ullum damnum habeat*, ſine parentheſi: quomodò & apud Cajum legitur in Pand. & legiſſe etiam videtur Theophilus.

Digitized by Google

TEXTUS.

Quomodo interponi debet.

2. *Tutor autem ſtatim in ipſo negotio præſens debet auctor fieri, ſi hoc pupillo prodeſſe exiſtimaverit. Poſt tempus verò, vel per epiſtolam, aut per nuntium interpoſita auctoritas nihil agit.*

NOTÆ.

2. *Statim in ipſo negotio præſens*] Ex Cajo *l.* 9. §. *pen. eod.* Nota formam interponendæ auctoritatis duo deſiderare; ut tutor in negotio ſit præſens; ut ſtatim auctor fiat, id eſt, illico probet, quod agitur, vid. *l.1.in fin.l.2.l.3.l.14.col. l.25.§.4.D.de acq.hær.*

COMMENTARIUS.

EXponitur hìc modus ſeu forma interponendæ anctoritatis ex Cajo *d.l.9.* §. *tutor hoc tit.* Hic modus ut legitimus habeatur, duo deſiderat, ut tutor in negotio; quod cum pupillo geritur, præſens ſit, ut ſtatim atque peractum eſt, auctor fiat. Præſentia ideò deſideratur, ut certò cognoſcat tutor, quid negotii, qua fide geratur, ac proindè non ſufficit, corpore præſentem eſſe, niſi & animo ſit, & intelligat quale ſit quod contrahitur, *l.14.eod.junct.l.1.in fin. & l.2. eod.* Cur autem ſtatim & quaſi calente adhuc negotio auctor fieri debeat, hæc ratio eſt, quia interpoſitio auctoritatis integrat quodammodò perſonam pupilli, qui per ſe contrahere non poteſt; efficitque, ut actus ſuſtineatur, qui alioqui ipſo jure invalidus ex intervallo non poſſet confirmari. Non eſt autem neceſſe, ut & is præſens ſit, qui cum pupillo contrahit: poteſt enim ille aliquid vendere aut locare pupillo per epiſtolam, & tutor auctoritatem pupillo accomodare, *d.l.9.* §. *ult.* Illud quoque ſciendum eſt, auctoritatem ſemper purè à tutore interponendam eſſe, non conditionaliter, quamvis conditionaliter cum pupillo contrahatur, *leg.8.eod.*

In ipſo negotio præſens debet auctor fieri] Tutoris auctoritas perfecto negotio interponitur, ut disertè ſcribit Ulp. *l.ſi quis 25.§.juſſum de acq. hær.* Quamobrem hæc oratio vel ſic reſolvenda eſt, *Tutor in ipſo negotio præſens ſtatim debet auctor fieri.* Ut intelligamus, & præſentiam tutoris in ipſo negotio, dum adhuc geritur, requiri; & ſtatim ut negotium perfectum eſt, auctorem fieri oportere; quod & arguit mox ſequens illatio, *Poſt tempus verò, &c.* Vel ſi hæc verba, *in ipſo negotio*, ad illa, *auctor fieri*, referre malis, in ipſo negotio fieri intelligi debet, non quod ſit, cum nihil dum geſtum eſt, (quid enim tum probet tutor?) ſed quod fit negotio quidem cum pupillo jam geſto, ſive tractatu præſente tutore habito, ſed ſtatim & in continenti ſubſequitur, & tractatum illum concludit ac firmat. Sic in *l. 1. de ſolut.* in ſolutione ſive in re præſenti conſtituere dicitur, in quam cauſam ſolutum velit, qui ſtatim atque ſolutum eſt, conſtituit. Cæterum hæc ſubtilitas hodie inſuper habetur. Autumn. *collat. jur. in d. l. 9. §. tutor.*

TEXTUS.

Quo caſu interponi non poteſt.

3. *Si inter tutorem pupillumque judicio agendum ſit; quia ipſe tutor in rem ſuam auctor eſſe non poteſt, non prætorius tutor (ut olim) conſtituitur, ſed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente judicium peragitur, & eo peracto curator eſſe deſinit.*

NOTÆ.

3. *Judicio agendum*] Nec plures ſint tutores, alioqni altero auctore cum altero agi poteſt, *l.24. D. de teſt. tut. l.1. Cod. de in lit. dand. tut.*

In rem ſuam] Regula eſt juris civilis, in *rem ſuam tutorem auctorem fieri non poſſe*, *l. 1. l. 7. hoc tit.* ubi etiam declaratur.

Non prætorius tutor ut olim] Moribus receptum fuerat, ut hoc caſu tutorem habenti tutor daretur, Ulp. *tit.11.§.23.* propter ſolemnitatem judiciorum, *l.19.hoc tit.*

Curator datur] *l. 3. §. 2. D. de tutel. l. 1. C. de in lit. danda tut.* Poſtea prohibitum, debitorem aut creditorem pupilli tutorem fieri, *Nov. 72. cap. 1. & 2.*

COMMENTARIUS.

J*Udicio agendum ſit*] Nec plures ſint tutores, alioqui niſi cum omnibus pupillo lis ſit, unus ex iis auctor erit, *l. ſi plures 24. de teſt. tut.* Intellige autem, ſi judicio agendum ſit de aliis rebus quàm de adminiſtratione tutelæ: nam tutelæ agi niſi finita tutela non poteſt, *l.4. de tut. & rat. diſtr.*

In rem ſuam auctor eſſe non poteſt] Regula eſt, tutorem in rem ſuam anctoritatem accommodare non poſſe, *l. 1. & 7. hoc tit.* quemadmodum nec judex quiſquam aut teſtis in ſua cauſa eſſe poteſt, *l.10.de juriſd.l. nullus de teſtib.* Et in caſu propoſito hoc alioqui abſurdi eveniret, ut idem in eodem negotio & actor eſſet & reus. At enim nihil prohibet auctoritas, quominùs negotium per conſequentias etiam tutori geratur, *d.l. 7.* quod exemplo declaratur, *d.l.1.*

Non prætorius tutor] Prætorianum appellari ſcribit Ulp. & moribus pupillo dari, qui cum tutore ſuo legitimo judicio agere vult, *tit. de tutel. §. moribus.* Hæc igitur exceptio fuit regulæ ejus quæ prohibet, tutorem ad certam rem vel cauſam dari, §. *pen. ſup. qui teſt. tut.* item alterius, qua traditur, §. *interdum inf. de curat.* tutorem habenti tutorem dari non poſſe. Cur autem neceſſe fuit hoc caſu tutorem dari? Nimirum quia judicia erant ſolemnia & ordinaria: ad ea autem quæ

ſolem-

Digitized by Google

ſolemnitatem juris deſiderant explicanda, tutore auctore opus erat, *l. curatorem 19. hoc tit. l. cum in una 17. §. 1. de appell. ult. C. de in litem dand.*

Curator datur] Poſtquàm judicia extraordinaria eſſe cœperunt, ſublato ſolemni veterum formularum ritu, *infr. tit. de ſucc. ſubl. & tit. de interd. §. ult. & Cod. de form. & imp. ſubl.* quæ per quemvis procuratorem expediri potuerunt, ad ea tractanda & curatorem dari ſufficere viſum eſt. Unde exiſtimo Tribonianum verbum *curatoris*, *tutoris* in locum ſubjeciſſe in *ll. 3. 4. 5. de tutel. l. 24. de teſt. tut. & ſimil. loc.* Jure novo hæc diſputatio penè ſupervacua eſt, quo vetuit Juſtinianus debitorem creditoremve pupilli tutorem creari; eique, qui pupillo aut cui pupillus poſt cœptam tutelam debere cœpit, perpetuum curatorem adjungi voluit, *Nov. 72. cap. 1. & 2.* Dixi autem penè: quia video pleroſque hinc eximere tutores ex certa ſcientia teſtamento datos. DD. *in auth. minoris, C. qui dar. tut. Schneid. hic num. 5. Montan. de tut. cap. 9. num. 67. & ſeqq. atque ita judicatum refert A. Fab. C. tit. 20. lib. 5. def. 1. Sand. lib. 2. tit. 9. def. 1.* Mynſingerus item excipit ex inquiſitione datos: quod vix eſt, ut probare poſſim. Illud conſtat, matrem & aviam non impediri debito aut credito, quominùs filiorum ſuorum aut nepotum tutelam gerant, *auth. ad hæc, C. quand. mul. off. tut.* & multò igitur magis excipiendus pater & avus, ut curia Friſiæ cenſuit, teſte Sand. *d. lib. & tit. def. 2.*

TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

C. Lib. 5. Tit. 60.

Continuatio & methodica Tituli explicatio.

DIctum eſt, quibus modis tutela conſtituatur, quæ conſtitutæ vis atque auctoritas: reliquum eſt, ut videamus, quamdiu perſeveret, quibuſque modis ea finiatur. Modi finiendæ tutelæ varii ſunt, tum ex perſona pupilli, tum ex perſona tutoris, tum ex perſona utriuſque: item quidam communes ſunt omnibus tutelæ ſpeciebus; quidam proprii quarumdam; ſicut ex progreſſu apparebit. In ſumma autem duorum horum modorum altero ſemper finitur, aut ipſo jure, aut interventu magiſtratus.

TEXTUS.

De Pubertate.

Pupilli pupillæque, cùm puberes eſſe cœperint, à tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non ſolùm ex annis, ſed etiam ex habitu corporis in maſculis æſtimari volebant. Noſtra autem majeſtas, dignum eſſe caſtitate noſtrorum temporum exiſtimans, benè putavit, quod in fœminis etiam antiquis impudicum eſſe viſum eſt, id eſt, inſpectionem habitudinis corporis, hoc etiam in maſculos extendere. Et ideo noſtra ſancta conſtitutione promulgata, pubertatem in maſculis poſt decimum quartum annum completum illico initium accipere diſpoſuimus: antiquitatis normam in fœminis benè poſitam in ſuo ordine relinquentes, ut poſt duodecim annos completos viripotentes eſſe credantur.

NOTÆ.

Sed etiam ex habitu corporis] Priſcus eum impuberem eſſe dicebat, in quem utrumque concurrit, & habitus corporis, & numerus annorum. Ulp. *tit. 11. in fin.*

Inſpectionem habitudinis corporis] Sunt, qui negent tale quid apud Romanos factitatum, & impudicam illam inſpectionem corporum Romanis moribus indignam eſſe exiſtimant.

Noſtra conſtitutione] Extat *in l. ult. C. quand. tut. vel cur. eſſe deſin.*

Poſt decimumquartum annum] Hæc Proculi ſententia fuit, Ulp. *d. loc.* & jam olim recepta fuiſſe videtur, *l. 2. D. de vulg. & pup. l. 5. D. qui teſt. fac.* Macrob. 7. *Sat. 7. Secundùm jura publica duodecimus annus in fœmina & quartuſdecimus in puero definivit pubertatis ætatem, & 1. in Somn. Tutela poſt bis ſeptem annos abſolvitur.*

Poſt duodecim annos] Macrob. *d. lib. 1. cap. 6. De tutela*, inquit, *Fœminæ propter votorum feſtinationem maturius biennio, quàm pueri, legibus liberantur.*

COMMENTARIUS.

1 *Longè ante tempora Iuſtiniani receptum fuiſſe, ut pubertas etiam in maſculis ex annis æſtimaretur.*
2 *Suſpectum auctori eſſe, quod ſcribit Tribon. de nudorum corporum inſpectione.*
3 *Vim generationis in fœminis citiùs incipere, quàm in maribus.*
4 *Tutelam muliebrem aliam fuiſſe ab hac pupillari fœminarum.*
5 *Moribus harum regionum tutelam pubertate non finiri.*

C*Vm puberes eſſe*] Primus modus finiendæ in perſona pupilli tutelæ eſt pubertas, *l. 1. C. quand. tut. vel cur.* Hinc puberes etſi curatorem accipiunt, in ſuam tutelam veniſſe antiqua locutione dicuntur, *inf. de pup. ſubſtit. in pr. l. 8. §. 1. de bon. poſſ. ſec. tab.*

Sed etiam ex habitu corporis] Fuere olim, qui pubertatem in maſculis ex ſolo habitu corporis æſtimabant. Proculeii eum puberem eſſe dicebant, qui quatuordecim annos explevisſet: alii eum, in quem & habitus corporis & numerus annorum concurreret, teſte Ulpian. *de tutel. in fin.* Eam ſe controverſiam ſuſtuliſſe, abrogataque inſpectione corporis pubertatem ex annis tantùm æſtimari voluiſſe, ſcribit Juſtinianus *hic & in l. ult. Cod. quand. tut. vel cur.* Sed profectò longè ante Juſtinianum re-
1 ceptam fuiſſe Proculi ſententiam, multis auctoritatibus probari poteſt. Nam Tertullianus, qui aliquot ſæculis ante Juſtinianum vixit, in *lib. de veland. virg.* apertè teſtatur, *Romanos pubertatem in annis, non in ſponſalibus, aut nuptiis decernere*; hoc eſt, ex annorum numero, non ex habitu corporis puberem judicare. Et Macrobius *lib. 7. Saturn. cap. 7.* ſic ſcribit; *Secundum jura publica duodecimus annus in fœmina, & quartus decimus in puero definivit pubertatis ætatem.* Idem *in ſomn. Scipion. lib. 1.* ait, *tutelam pueris poſt bis ſeptem annos abſolvi.* Idque & Ulpian. noſter expreſſis verbis confirmat *l. 2. de vulg. & pup.* indèque eſt, quod idem Ulpian. ſcribit, maſculis poſt annum decimum quartum, fœminis poſt duodecimum permitti teſtamentum facere, *l. 5. qui teſt. fac.*

Inſpectionem habitudinis corporis] Numquam
2 mihi perſuaderi potuit, inhoneſtam hanc corporis inſpectionem apud Romanos uſitatam fuiſſe: neque eſt veterum quiſquam, qui tam impudicæ rei meminerit. Quod autem in libris Juriſconſultorum & apud Quintilianum *lib. 4. Inſt. orat. 2.* legimus, dubitatum fuiſſe, ex habitudine corporis, an ex annis, pubertas metienda eſſet, non de turpi aliqua nudorum corporum inſpectione accipiendum eſt, ſed de externo corporis aſpectu & vigore; ut is ex quorumdam ſententia (quæ tamen non obtinuit) pubes haberetur, qui figura ac diſpoſitione totius corporis liberorum procreationi idoneus videretur, *fac. l. 4. Cod. qui teſt. fac.* Etenim habitus ſive habitudo Latinis ſcriptoribus *σχῆμα* & formam corporis ſignificat. *Cic. pro Cal. Quintus Metellus cum floreret integra ætate, optimo habitu, maximis viribus. Liv. lib. 4. Fœdios corporis habitus, pallore ac macie perempti. Terent. in Eunuch. Qui color, nitor, veſtitus, quæ habitudo eſt corporis?* Sic auctor ad Herenn. bonam corporis habitudinem appellat, integram corporis conſtitutionem. Unde & eos, qui obeſiore erant corpore, habitiores dicebant. *Terent. Eunuch. Si qua habitior paulo pugilem eſſe aiunt.* Plaut. Epid. *Corpulentior herile atque habitior.* Ræ-vardus *4. var. 10.* exiſtimat, Triboniano impoſuiſſe Platonem, qui *lib. 11. de legib.* convenientiam ætatis ad matrimonia definiri vult per judicem, nudos omninò mares, nudataſque uſque ad pubem fœminas inſpicientem: Tribonianumque ea, quæ de pubertate ex habitu corporis æſtimanda apud Juriſconſultos legerat, ex imaginaria illa Platonis lege interpretatum. In contrarium tamen moventur Hotomanus & Ant. Matthæus *Coll. Inſt. 2. diſp. 2.* auctoritate Quintiliani, qui *declam. 279.* ſcribit, nudari corpora puerorum, & ab judicibus inſpici. Sed confictum hoc eſſe non dubito, ut ferè fit in ſcholaſticis exercitationibus.

Poſt duodecim annos] Pubertatis anni maximè propter nuptias definiti ſunt: ideòque cùm vis generationis in fœminis citiùs incipiat, quàm in maribus, placuit eas etiam citiùs tutela liberari. Et hoc eſt, quod Macrob. *lib. 1. in ſomn. Scipion.* ſcribit; *De tutela,* inquit, *fœminæ propter votorum feſtinationem maturius biennio, quàm pueri, legibus liberantur.* Quòd autem generationis citiùs admoventur, id idem Macrob. *7. Saturn. 7.* infirmiori earum naturæ adſcribit: nam & exilia poma celeriùs matureſcere, robuſta ſeriùs. Phyſici etiam hanc rationem afferunt, quòd facilius eſt pati, quàm agere: in generatione autem fœmina paſſivè ſe habet. In univerſum autem, ut ſcribit Ariſtot. *7. de hiſt. animal.* θᾶττον τὰ θήλεα τῶν ἀῤῥένων ἢ νεότητα, ἢ ἀκμὴν λαμβάνει, ἢ γῆρας. Alia ab hac pupillari fœminarum tutela fuit muliebris, de qua Ulp. *in fragm. tit. 11.* Nam & poſt pubertatem mulieribus tutor dabatur, non ad negotia earum adminiſtranda, ſed ad auctoritatem præſtandam in ſolemnibus & civilibus, veluti ad judicia, ad dictionem dotis, ad alienandas res mancipi. *Ulp. d. loc.* Niſi dicamus, ex jure veteri hæc referri, quo jure meliores perpetua tutela continebat, teſte Boetio *in Top. Cic.* Nam non temerè loca illa omnia, quibus traditur, tutelam in fœminis anno duodecimo finiri, & curatorem ſuccedere, à Triboniano interpolata dixerim: quamvis id affirmet *Ræ-vard. 2. var. 10.* Obſtat enim locus Macrobii modò citatus: & Boetius expreſsè de jure antiquo loquitur. Moribus harum regionum tutela pubertate non finitur: ſed qui ſemel legitime tutores dati ſunt, etiam puberum rebus præſunt uſque ad juſtam eorum ætatem, hoc eſt, donec 25. annos implerunt, *D. Gudelin. in fin. lib. 1. Chriſtin. volum. 3. deciſ. 148. num. 14. & 16. volum. 6. deciſ. 82. num. 9. Montan. de tutel. 37. num. 86. Groenew. de legibus abrog. hic:* quod & in Germania generali conſuetudine receptum eſſe teſtatur *Gail. 2. obſ. 96. Paul. Buſius ad l. 1. num. 7. de tutel.* & in pleraque Gallia, Bacquet hic.

T e x-

TEXTUS.

De capitis deminutione pupilli.

1. *Item finitur tutela, ſi adrogati ſint adhuc impuberes, vel deportati: item ſi in ſervitutem pupillus redigatur, vel ſi ab hoſtibus captus fuerit.*

NOTÆ

1. *Item finitur tutela*] Ex Ulp. *l.14.pr.* §.1.& 2. *D. de tutel.*

Si adrogati ſint] Quia adrogatus tranſit in poteſtatem adrogatoris : nemo autem poteſt ſimul eſſe in tutela & patria poteſtate, *ſupr. de tut. in pr.*

Deportati] Quia cives eſſe deſinunt, §. 1. *ſupr. quibus mod. jus patr. pot.* Nota etiam impuberes deportari poſſe; nempe qui ſunt pubertati proximi & doli capaces, *l. 111. de reg. jur. l.14. D. ad ſen. Silan.*

In ſervitutem redigatur] Veluti ſi pupillus libertus ob ingratitudinem patrono iterum in ſervitutem tradatur. Theoph.

COMMENTARIUS.

SEcundò finitur in pupillo tutela quavis capitis deminutione: ſive enim adrogatus ſit, ſive deportatus, ſive in ſervitutem redactus, tutela extinguitur *l.14. pr.* & §.1.& 2. *de tutel.* unde hic locus deſcriptus eſt. Miſcentur autem hic modi, quibus & ex perſona tutoris tutela finitur, §. 4. *infra eod.*

Adrogati ſint] Ratio eſt, quia deſinunt eſſe ſui juris, & in poteſtatem adrogatoris tranſeunt: nemo autem poteſt ſimul eſſe in tutela & in patria poteſtate, *ſup. de tut. in pr.* Sed hoc moribus ferè hodiernis non obtinet.

Vel deportati] Quod ob delictum iis contingere poteſt, qui ſunt pubertati proximi, & doli capaces, *l. pupillum* 111. *de reg. jur.* §. *pen. infr. de obl. quæ ex del.* Conſtat autem, deportatos peregrinæ conditionis fieri, ideòque pro mortuis in iis, quæ juris civilis ſunt, qualis eſt tutela, haberi, §. 1. *ſup. quibus mod. jus pat. pot. ſol. l.* 11. §. 1. *de pen.*

In ſervitutem redigatur] Puta ſi pupillus jam doli capax ob ingratitudinem patrono iterum in ſervitutem tradatur: quo exemplo utitur Theophilus; idque fortiori ratione, quàm ſi deportatus ſit, quia cum civitate ſimul & libertatem amittit, §. 1. *ſup. de cap. dem.*

Si ab hoſtibus captus] Cæterum eventus demum oſtendet, an tutela hìc omnimodò finita ſit; nam poſtliminio reverſus procul dubio recidit in tutelam.

TEXTUS.

De Conditionis eventu.

2. *Sed etſi uſque ad certam conditionem datus ſit tutor teſtamento, æquè evenit, ut deſinat eſſe tutor exiſtente conditione.*

NOTÆ.

2. *Teſtamento*] Additum, quia à Magiſtratu ita non datur, *l.6.*§.1. *D. de tutor. l. 77. de reg. jur.*

Exiſtente conditione] Veluti ſi Titius tutor teſtamento datus ſit, uſque dum uxorem ducet, & duxerit.

COMMENTARIUS.

U*Sque ad certam conditionem*] Vel uſque ad certum tempus: nam ut ad certam conditionem teſtamento datus, exiſtente conditione tutor eſſe deſinit; ita datus ad certum tempus, finito tempore deponit tutelam, *l. 14.* §. *ult. de tut. l.* 8. §. 1. & 2. *de teſt. tut.* §. *pen. infr. hoc tit.* Hoc autem modo finitur tutela ex perſona tutoris, & proprius eſt tutelæ teſtamentariæ, ut docemus *ſup. qui teſt. tut. dar.* §. 3. Eſt & modus, qui huc pertinet, quo finitur tutela Attiliana: nam ſi ex die aut ſub conditione teſtamento tutor datus ſit, is qui interim à magiſtratu datus eſt, veniente die aut exiſtente conditione tutor eſſe deſinit, §. 1. *ſup. de Attil. tut.* add. quæ ad §. *ad certum tempus ſup. qui teſt. tut. dar.*

TEXTUS.

De Morte.

3. *Simili modo finitur tutela morte pupillorum, vel tutorum.*

COMMENTARIUS.

HIc modus & ad omnem tutelam & ad perſonam utriuſque ex æquo pertinet: eò autem maximè ſpectat, ut intelligamus, pupillo mortuo, ne ratione quidem bonorum, quæ poſt mortem ſuperſunt, tutelam perſeverare; mortuo tutore, hæredes ejus in tutelam non ſuccedere, *l. antepen. de tut. l. ult.* §. 1. *de mun. & hon. l.4.* §. 1. *D. de tut. & rat. diſtr.*

TEXTUS.

De capitis deminutione.

4. *Sed & capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti ſi ſe adrogandum dederit, legitima tantùm perit: cæteræ non pereunt, ſed pupilli & pupillæ capitis deminutio, licèt minima ſit, omnes tutelas tollit.*

NOTÆ.

4. *Legitima tantùm perit*] Agnatorum ſcilicet hodie id non obtinet : quia jure noviſſimo in totum ſublata eſt agnationis, & cognationis differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem, tum tutelam vocati. *Novel.* 118. *cap.*

COMMENTARIUS.

PEr *quam libertas vel civitas*] Hic modus ſolvendæ tutelæ communis eſt, ut notavi *ſup. ad* §. 1. eamdemque in tutore, quam in pupillo rationem habet.

Legitima tantùm tutela perit] Nimirum quia & perit agnatio, ob quam ea defertur, §. *ultim. ſupr. de leg. agn. tut.* Legitima autem patronorum tutela huc numquam pertinuit, *Ulpian. in fragm. tit. de tutel.* §. 8. Porrò jure noviſſimo nullam ampliùs legitimam tutelam minima capitis deminutione tolli, notavimus ſub *dict.* §. *ultim. de leg. agn. tut.*

Licèt minima ſit] Is qui in poteſtate patris eſt, ſi perfectæ ætatis ſit, non prohibetur tutor eſſe, *ſupr. qui teſt. tut. dar. in pr. l. filiusfam. de his qui ſui vel al. jur.* In tutela autem nemo eſſe poteſt, niſi qui ſit ſui juris. Atque hæc ratio eſt, cur pupillo adrogato tutela pereat, tutore non item.

TEXTUS.

De tempore.

5. *Præterea qui ad certum tempus teſtamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.*

NOTÆ.

5. *Ad certum tempus*] V. g. ad biennium, *l.* 14. §. 2. *hujus tutel.*

COMMENTARIUS.

DIxi ad §. 2. *hujus tit.* Hoc autem modo quàmvis tempore, ipſo tamen jure tutela finitur. Etenim tutela non ullo jure propriè quæſito cõſiſtit; alioqui tempore ipſo jure non finiretur, *l. obligationem* 44. *de oblig. & act.* ſed in facto perſonæ, & adminiſtratione magis poſita eſt. Quæ autem talia ſunt, ut facta ſunt temporalia, ita & ipſa cum factis incipere & finiri poſſunt: argumẽto ſit uſusfructus, *l. an.* §. *pen. quand. dies uſ. leg. ced.*

TEXTUS.

De Remotione & Excuſatione.

6. *Deſinunt etiam tutores eſſe, qui vel removentur à tutela ob id, quod ſuſpecti viſi ſunt, vel qui ex juſta cauſa ſe excuſant, & onus adminiſtrandæ tutelæ deponunt, ſecundùm ea, quæ inferiùs proponemus.*

NOTÆ.

6. *Se excuſant*] In perpetuum, non ad tempus, §. 5. *tit. ſeq. l.* 16. *D. de tut. dat.*

COMMENTARIUS.

PRoponuntur hic duo modi, quibus tutela finitur, non ipſo jure, ut ſuperioribus, ſed interventu magiſtratus: excuſatio ſcilicet, & juſta ſuſpicio. Excuſatio volentem liberat: ſuſpicio invitum removet. Eſt verò major excuſationum uſus tutela delata, quàm ſuſcepta. Sed & quaſi ſuſpectus quis poſtulari & removeri poteſt, antequàm incipiat tutelam gerere, de quibus ſuo iterum loco. De excuſationibus eſt *tit. pen.* de ſuſpectis tutoribus *tit. ult. hujus libri.*

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.
DE CURATORIBUS.

D. Lib. 27. Tit. 10. C. Lib. 5. Tit. 70.

Continuatio & ſumma Tituli: tum genera curatorum diſtincta.

TRanſit nunc Imp. ad alterum membrũ diviſionis poſitæ in *pr. ſupr. de tutel.* quod eos complectitur, qui cùm ſui juris ſint, curatorum tamen auxilio reguntur: exponitque promiſcuè, quibus & à quibus, quando & quomodò curator detur. Sciendum autem eſt, duo eſſe genera curatorum. unum eorum, qui nulla perſonæ habita ratione, ſi res exigat, bonis conſtituuntur, puta vel debitoris, latitantis, vel hæredis, qui in utero eſt, aut domini, qui ab hoſtibus captus ſit, *tit. de cur. bon. dand.* quod genus huc non pertinet: alterum eorum, qui certis perſonis, quæ alieno auxilio indigent, dantur ad res earum adminiſtrandas: qui hujus ſunt argumenti. Sunt autem & ipſi duorum generum, dantur enim vel propter ætatem ejus, qui in curatione ſit, vel propter animi aut corporis morbum. In priore genere ſunt minores 25. annis: in poſteriore furioſi, prodigi, mente capti, muti & ſurdi, & qui perpetuo morbo laborant. Quamobrem ſic rectè definietur curatio: poteſtas jure conſtituta ad curandas res ejus, qui quoquo modo rebus ſuis ſupereſſe ipſe nõ poteſt. Ex hac definitione facilè intelligere poteris, & quæ com-

munia

Digitized by Google

munia ſunt curæ cum tutela, & quæ diſcrepan-
tia, maximè ſi cum ea conferas definitionem tu-
telæ, eaque, quæ ad illam illuſtrandam ſcripſi-
mus ſub §. 1. *ſup. de tutel.* Cæterum & in proceſ-
ſu pleraque iterum notanda erunt.

Textus.

De adultis.

Maſculi quidem puberes, & fœminæ viri potentes uſque ad viceſimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licèt puberes ſint, adhuc tamen ejus ætatis ſunt, ut ſua negotia tueri non poſſint.

Notæ.

Ad viceſimum quintum annum] *leg. 1. in fin. D. de min.* poſt quod tempus completur virilis vigor, quæ Græcis ἀκμὴ.

Curatores accipiunt] Niſi ætatis veniam à Principe impetraverunt, *C. de his qui ven. æt. imp.*

Negotia ſua tueri] Et ideò quamvis qui in tutelam ſuam venit, ſui potens eſt, κύριος ἑαυτοῦ, nondum tamen eſt, κύριος τῶν αὑτοῦ. Fabrot. *l. 20. D. de rit. nupt. l. 8. Cod. eod.*

Commentarius.

1 *Cur tutela in fœminis citiùs, quàm in maribus finiatur: cura eadem ætate in utriſque.*
2 *Quare fœminæ biennio maturiùs, quàm maſculi, ætatis veniam impetrare poſſint.*
3 *Quid conſuetudine harum regionum circa utrumque illud receptum.*
4 *Quando dies cœptus pro completo habeatur, & contra.*
5 *Cur placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi.*
6 *Cur tam curioſè de curatore adoleſcentibus dando caveatur, cùm nihilominùs ſi capti fuerint, in integrum reſtituantur.*

U*Sque ad viceſimum quintum annum*] Tutela
in maribus tardiùs finitur, quàm in fœmi-
nis, quia fœminæ, ut ſuperiùs dictum eſt, citiùs
pubeſcunt. At cura in utriſque eodem tempore
1 finitur, nimirum poſt annum viceſimum quin-
tum. Et verò nulla ratio eſt, cur fœminæ ma-
turiùs, quàm maſculi, cura liberari debeant:
cùm potiùs diuturniore cura continendę videan-
tur, propter ſexus fragilitatem, ob quam & in
perpetua cura olim fuere. Et jure quidem ordi-
nario ante hanc ætatem curatio non finitur. Cæ-
terum adoleſcentes honeſtate morum præditi
poſt annum viceſimum, fœminæ, quas morum
honeſtas mentiſque ſolertia commendat, poſt an-
num octavumdecimum, ætatis veniam à Princi-
pe impetrare poſſunt, ut ex eo tempore res ſuas
ſine curatoribus adminiſtrent: ac tum quidem in
integrum non reſtituuntur, *l. 1. & 2. C. de his qui
ven. ætat.* ſed tamen in eo adhuc ſimili conditioni
cum cęteris minoribus ſunt, quòd immobilia ſine
decreto alienare aut obligare non poſſunt, *l. 3. C.
d. tit.* Cur autem hoc fœminis biennio maturiùs
conceditur? D. Bachovius negat ſolidam ejus rei 2
rationem dari poſſe. D. Brederodius in *not. ad
Scheneid.* hanc aſfert, quòd quamvis judicium
muliebre ἐπὶ τὸ πλεῖστον infirmius ſit virili, ta-
men quæ natura ſolertiores ſunt, ſi ad virtutem
pergant, celeriùs maribus prudentes fieri: pro-
pterea, quòd vehementiores multò in fœminis
affectiones ſint, quàm in viris. Moribus patriæ
non ſolùm Princeps aut ſummus magiſtratus, ſed
etiam Curia provincialis ętatis veniam concede- 3
re ſolet, aliique judices ordinarii, quibus id fa-
cere jure legitimo competit: neque veniæ con-
ceſſio continet jus prædia alienandi ſine cogni-
tione judicis, niſi & hoc ex magna cauſa, & qui-
dem à ſupremo magiſtratu, expreſsè indultum
ſit, auctore *Grot. 1. num. 10.* vide *Groenew. de le-
gib. abrog. ad tit. C. de his qui ven. ætat. & ibi. alleg.*
Diximus quoque non multò ante, conſuetudi-
ne harum regionum receptum, ut tutela demum
finiatur poſt perfectam ætatem eorum, qui in
tutela ſunt, hoc eſt, poſtquàm egreſſi ſunt an-
num viceſimumquintum. Apud nos enim igno-
ratur diſtinctio, quam jus civile Romanorum fa-
cit inter ætatem pupillarem, quæ ſub tutela, &
minorem, quæ in curatione ſit. Unde & tutela
ac cura uno communi nomine & promiſcuè ap-
pellatur *Voogodie* aut *Momberſchap*, & tutores cu-
ratoreſque *Voogden* aut *Mombors*, pupilli & mi-
nores indiſcriminatim *Vvezen*. Cæterum etiam
ante eam ætatem tutela ſive cura finitur, contra-
cto ſcilicet matrimonio: quamquam tunc ex cau-
ſa à judice ad tempus prorogari poteſt: quod &
tunc locum habet, cum ætate finita eſt, *Grot. d.
loc.* Statuto Leidenſium nemo ſuæ curæ eſſe inci-
pit, niſi qui cauſa cognita à magiſtratu tutelari
dimiſſus, *art. 141.*

Completum] Curatio non finitur, niſi anno vice-
ſimoquinto exacto & completo. Hoc enim uti-
le minori viſum eſt, ut tempus à momento in
momentum ſpectetur: nam ſi poſtremo viceſimi-
quinti anni die cœpto aut nondum completo læ-
ſus ſit, poterit adhuc in integrum reſtitui, *l. 3. §.
minorem, D. de minoribus.* Ad quem locum Gloſſa 4
notat diem cœptum pro completo haberi, quo-
ties id alicui utile eſt, aut alioqui favorabile, ut
in uſucapionibus, *6. de uſuc.* in teſtamenti fa-
ctione, *l. 5. qui teſtam. fac.* in manumiſſionibus, *l. 1.
de manumiſſ.* quò etiam pertinet *l. anniculus 134.
de verb. ſign.* In honoribus quoque favoris gratia
conſtitutum eſſe, ut annus inchoatus pro pleno
habeatur, *l. 8. de mun. & hon.* Contra autem, ubi
favorabile eſt, non numero dierum, ſed momẽtis
temporum annum dividi; diem cęptum pro com-
pleto non haberi, ut in temporalium actionum
præſcriptione, *l. 6. de obl. & act.* in vacatione tute-
læ, *l. 2. de excuſ.* & in caſu propoſito, ita & *Coſtal.
ad l. 3. §. de minor.* Cur autem placeat ætatem 25.
annorum finem aſferre curationi, docet nos Ul- 5
pian. *l. 1. §. 2. d. tit. Quia,* inquit, *poſt hoc tempus com-
pletur virilis vigor:* convenienter ſententię Phyſi-

Digitized by Google

corum, qui tradunt, anno viceſimoquinto, quo corpus creſcere deſinit, etiam animam ad ſummum perfectionis ſuæ gradum pervenire, eaque demum ætate evidentia vigoris animi & conſtantiæ mentis veſtigia emergere: conquieſcente ſcilicet illa humorum ac corporis perpetua agitatione ac perturbatione, cui adoleſcentes obnoxii. Quamobrem & juſta, perfecta, integra, robuſta hæc ætas in libris noſtris appellatur, Græcis ἀκμὴ dicitur: Pulchrè *D. Cujac. de min. in pr. add. Magir. 6. Phyſiolog. 5.* Quamquam igitur naturæ lege certa ex annorum numero perfectæ ætatis definitio non eſt, niſi ὡς πλάτος, tamen ex his, quæ diximus, abundè patere arbitror, hanc ætatis juſtæ definitionem non eſſe juris merè poſitivi, ut exiſtimat Bachovius.

6 *Adhuc tamen ejus ætatis ſunt.*] Conſtat inter omnes, ait Ulpian. *l. 1. pr. de min.* fragile eſſe & infirmum hujuſmodi ætate conſilium, multorumque captionibus & inſidiis expoſitum: ideòque prætorem naturalem æquitatem ſecutū, auxilium adoleſcentibus adversùs captiones polliceri: & *in fin. d. l. 1.* addit, ideò eos uſque ad viceſimum quintum annum curatorum auxilio regi. Sed quid opus fuit de curatore adoleſcentibus dando tam curiosè cavere, cùm ſi capti fuerint, prætor eos in integrum ſe reſtituturum polliceatur, nec iis minùs ſubveniat, qui curatorem habentes eo auctore quid geſſerunt? *tot. tit. Cod. ſi tut. vel. cur. int.* Nimirum magis decorum atque honeſtum viſum eſt, in tempore occurrere & providere, ne minores capiantur, quàm ut aſſiduis implorationibus tribunalia perſonent. Deinde quia id etiam minoribus tutius eſt & utilius, ne poſt vulneratam cauſam remedium quærentibus impedimentum aliquod objiciatur, *l. ult. Cod. in quib. caſ. in int. reſt. nec.* Curatoris autem conſilio & prudentia efficitur, ut non tam facilè lædantur, nec neceſſe ſit reſtitutionem in integrum toties poſtulare: quamquam ſi nihilominus læſi proponantur, auxilium iis prætor non denegat. Illud obiter monendi ſumus, non tantùm ætate curationem finiri, ſed aliis etiam ex cauſis, atque ex iiſdem ferè, ex quibus finitur tutela: denique ſimiliter vel ipſo jure, ut adrogatione adoleſcentis, morte, ſervitute, deportatione vel adoleſcentis vel curatoris; vel interventu magiſtratus, ut excuſatione, remotione.

TEXTUS.

A quibus dentur Curatores.

1. *Dantur autem curatores ab eiſdem magiſtratibus, à quibus & tutores. Sed curator teſtamento non datur: datus tamen confirmatur decreto prætoris vel præſidis.*

NOTÆ.

1. *Teſtamento non datur*] *l. 6. D. de confirm. tut. l. 2. Cod. eod. l. 12.* tab. permiſſum parenti non curatorem, ſed tutorem teſtamento dare.

COMMENTARIUS.

AB eiſdem magiſtratibus] Igitur Romæ à præfecto urbis vel prætore; in provinciis à præſidibus; in municipiis aut agris municipiorum à magiſtratibus municipalibus, juxta diſtinctionem traditam, *§. non autem ſup. de Atil. tut. l. 3. D. de tut. dat.*

Teſtamento non datur] Idem traditur in *l. 7. Cod. de teſt. tut.* At quamobrem? nimirum quia puberes, quibus ſolis curator datur, ipſi, ſi velint, res ſuas adminiſtrare poſſunt: de quo mox plura. Eademque ratio eſt, cur pater liberis ſuis puberibus ſubſtituere non poſſit, ſcilicet quia ea ætate ipſi ſibi teſtamentum facere poſſunt, *l. 2. de vulg. & pup.*

Datus tamen confirmatur] Sive à patre, ſive à matre datus ſit: & confirmatur perindè ut tutor teſtamento non legitimè datus, *l. 1. in fin. l. 2. §. 1. l. 6. de conf. tut. l. 2. Cod. eod.* ac proindè naturam ſapit teſtamentarii, *l. 7. ff. rem. pup. ſalv.* Eſt autem credibile, hanc curatoris teſtamento dati confirmationem poſt conſtitutionem M. Antonini primùm introductam fuiſſe, qua cavit, ut omnes adulti curatores acciperent, ſecundùm ea quæ mox dicemus.

TEXTUS.

Quibus dentur.

2. *Item inviti adoleſcentes curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim & ad certam cauſam dari poteſt.*

NOTÆ.

2. *Inviti adoleſcentes*] Et ideò ipſi ſoli ſibi curatorem petere poterant, *l. 1. §. ult. D. qui pet. tut.* Ubi autem petentibus ſemel curator datus eſt, hujus curatoris auxilio uſque ad annum 25. regi debent, ita cape *l. 1. in fin. D. de min.*

Præterquam in litem] Sive minor ſit actor, ſive reus: quia legitimam perſonam per ſe ſtandi in judicio non habent, *l. 2. C. qui leg. perſ. ſtand. in jud.* Vide fuſiùs in comment. inf.

COMMENTARIUS.

1 *Adoleſcentes olim invitos curatorem non accepiſſe; neque id mutatum conſtitutione D. Marci:*

2 *Reſponſio ad loca quæ in contrarium afferuntur.*

HIc locus quamquam in foro nullum uſum habet, (conſtat enim, adoleſcentes etiam invitos hodiernis moribus curatores accipere) tamen ad juris Romani cognitionem multum conferre poteſt diligens ejus expoſitio. Ait, *inviti*. In quo primùm ſecum pugnare Juſtinianus videtur, qui initio hujus tituli dixit, ideò minores 25. annis curatores accipere, quia ejus ætatis ſunt, ut negotia ſua tueri non poſſint. Deinde cum Juſtiniano Ulpianus, qui in *l. 1. §. ult. de min.* expreſsè ſcribit, minoribus 25. annis

Digitized by Google

rei ſuæ adminiſtrationem committi non debere, quamvis rem ſuam benè gerentibus. Accedit, quòd ne Principes quidem, niſi perrarò atque extra ordinem, minoribus rerum ſuarum adminiſtrationem indulgere ſoleant, auctore eodem Ulpiano *l.3. pr. d. tit.* Rævardus 1. *var.* 17. & Cujac. *in l. 1. de excuſ.* ſocordiam Triboniani accuſant, qui ex veteri jure legis Lætoriæ hic repetiverit, quod jampridem conſtitutione D. Marci adrogatum erat. Sed enim & ex reſponſis recentiorum Juriſcōſultorum & ex poſteriorum Impera-
2 torum reſcriptis manifeſtè evincitur, etiam poſt D. Marci conſtitutionem non omnes minores curatores accipere coactos. Veluti ex eo, quod Papinian. ſcribit, *l.13. in fin. de tut. dat.* non niſi minoribus deſiderantibus curatores dari ſolere. & quod Modeſtin. *l.1.§. pen. & ult. qui pet. tut.* non licere aliis curatores minoribus petere, ſed ipſos minores dumtaxat ſibi petere poſſe. Item ex eo, quod Imperatores Diocletianus & Maximianus Attiano minori reſcribunt, *l. 3. C. de in int. reſt.* intereſſe, utrùm is curatorem habeat, an non habeat: ſi habeat, contractum ab Attiano initum jure non ſubſiſtere; ſi non habeat, ſubſiſtere, implorandamque eſſe reſtitutionem in integrū. Denique non uno in loco invenias adoleſcentes ſine curatoribus propoſitos, ut in *l. 7. §.2. de min. l. mute 43. §.3. de proc. l.1. l. 7. C. qui pet. tut.* Vix hæc componi poterunt, niſi à capite rem arceſſamus. Igitur cum lege 12. tabularum de curatoribus propter ætatem adoleſcentibus dandis nihil cautum eſſet, neque certum ullum remedium adversùs captiones & circumſcriptiones, quibus hæc ætas obnoxia, introductum, lata poſteà eſt lex Lætoria, qua & circumſcriptioni adoleſcentum abundè proviſum eſt, atque inſuper permiſum curatores adoleſcentibus dari, non promiſcuè tamen, ſed laſcivioribus & diſſolutiùs viventibus, aut qui ingenio nimis hebeti eſſent, mentiſve ſuæ non ſatis compotes, & fortaſſis ob alias etiam cauſas, quas exprimere & magiſtratui probare debebant, qui curatorem iis dari poſtularent. Quod quoniam odioſum erat, & pudorem eorum, quibus curator dabatur, ſugillabat, tamdem M. Antonius Philoſophus de curatoribus ita ſtatuit: *Ut omnes adulti curatores acciperent non redditis cauſis*, auctore Capitolino *in Marco*. Horum autem verborum hunc eſſe ſenſum apparet, ut deinceps ex conſtitutione Antonini omnes adoleſcentes indiſcriminatim curatores accipere poſſent, remiſſa neceſſitate allegandi & probandi cauſas, ob quas peterentur, quod exigebat lex Lætoria: non, inquam, ut inviti acciperent, ſed ut ſine periculo exiſtimationis, ſi vellent, curatorem habere poſſent. (Meminit legis Lætoriæ etiam *Cic. 3. de offic. & 3. de nat. Deor.* Plautus *in Pſeud.* quinam vicenariam appellat, nonnulli exiſtimant.) Nulla igitur ratio eſt, cur Triboniano incuſemus oſcitantiam, cùm ne quidem poſt cōſtitutionem Antonini, inviti adoleſcentes curatores acceperint. Quid ergo reſpondemus ad ea, quæ huic ſententiæ paulò ante objecimus? Nempè quod Imperator initio hujus tituli ait, puberes uſque ad viceſimum quintum annum curatores accipere, de volentibus & petentibus accipiendum eſſe, *arg. hujus §. junct. 1. §. pen. & ult. qui pet. tut. vel cur.* cui & ſubjecta ab Imperatore ratio accommodanda eſt. Ulpianum autem *l.1. §. ult. de min.* de effectu curæ jam cōſtitutæ loqui, cujus ea vis ſit, ut minores, quibus petentibus ſemel curator datus eſt, hujus curatoris auxilio uſque ad annum 25. regi debeant; nec poſſit magiſtratus eum, quem ſemel curatorem dedit, à munere ſuo removere, minoribuſque ob id, quod jam ampliùs ſub cura vivere non jubeat, rerum ſuarum adminiſtrationem reſtituere, *arg. l. 2. & 3. in pr. eod. tit.* ubi hujuſmodi magiſtratuum decreta ut ambitioſa Imperatores interpretantur, & improbant: quoniam ſolius Principis ſit ætatis veniam concedere: adi & *Franc. de Amaya lib. 1. obſ. jur. c. 9.*

Præterquàm in litem] Sive litem minor intendat, ſive excipiat, *l.2. C. qui leg. perſ. ſtand. in jud.* quod ideò comparatum eſt, ne minoribus agentibus aut judicio conventis adverſarius eluſorio judicio lædatur, cùm ſententia adversùs minores indefenſos lata nullius momenti ſit, *l. contra. 54. de re jud.* Idem & in aliis rebus ſimili æquitatis ratione receptum, veluti ſi debitor velit aut cogatur minori ſolvere, *l.7. §. 2. de min.* ſi is, qui tutor fuit, rationem adminiſtrationis ſuæ redderet, *l. 7. C. qui pet. tut.*

Ad certam cauſam] Duplex igitur hic inter tutelam & curam differentia animadvertitur: una eſt, quòd curator non detur invito, tutor invito detur, *l.6. de tut. & cur. dat.* altera, quòd curator ad certam cauſam dari poteſt, tutor non poteſt, *§. certè ſup. qui teſt. tut. dar.* Neutrum autem horum moribus hodiernis obſervatur, ut alibi oſtendimus.

TEXTUS.

De furioſis & prodigis.

3. *Furioſi quoque & prodigi, licèt majores vigintiquinque annis ſint, tamen in curatione ſunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed ſolent Romæ præfectus urbis vel prætores, & in provinciis præſides, ex inquiſitione eis curatores dare.*

NOTÆ.

3. *Furioſi quoque*] *l.1. D. de cur. fur.* Ulp. *tit.* 12. §.1. Cic. 2. *de invent. & 3. Tuſc.*

Prodigi] Quibus diſſolutè viventibus bonis interdictum, *l.6. de verbor. oblig. §.2. inf. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. Ulp. d. loc.*

COMMENTARIUS.

1 *Prodigo ne ipſo jure, ſive eo ipſo, quòd prodigus eſt, bonis interdictum intelligi debeat: an verò ad id requiratur ſententia magiſtratus.*

Non

NOn uti tutela quædam impuberum legitima eſt, ita & cura quædam minorum puberum. Tutela legitima agnatis proximis lege defertur propter ſpem certam ſucceſſionis, *l. 1. de legit. tut.* Cura autem magis ob ætatem lege delata eſt, quia puberes teſtamentum facere, & præteritis agnatis, quem velint, ſibi hæredem inſtituere poſſunt. Unde jam intelligitur, cur ob furorem, vel prodigalitatem, à lege curatores dentur: nimirum quia furioſi & prodigi, qui non magis, quàm impuberes, teſtamentum facere poſſunt, certos ſucceſſores habent agnatos, quos ideò & curatores eſſe lex voluit,

Licet majores) Et magis igitur, ſi minores ſint. Nam lex omnes furioſos & prodigos ſolis pupillis exceptis in curatione agnatorum eſſe voluit. Cæterum poſtquàm minores omnes ex oratione D. Marci curatorem accipere cœperunt, placuit curatorem minori 25. annis furioſo, non ut furioſo, ſed ut adoleſcenti dari, non propter furorem, ſed propter ætatem, *l. 3. §. 1. D. de tutel.* quem locum non videtur inſpexiſſe D. Bachov. ſed principium duntaxat *d. l. 3.* ex quo contrarium defendere conatur. Ant. Faber 1. *juriſp.* 12. *pr.* 1. *illat.* 6. contendit, *d.* §. 1. Triboniani eſſe, & à juris ratione alienum: nam cùm curator minoris non perſonæ, ſed rebus detur, furioſi contra perſonæ, intereſſe furioſi, quaſi furioſo potiùs, quàm quaſi adoleſcenti, curatorem dari. Bella ratio. Credo, ne alioqui nuptiæ à furioſo ſine conſenſu curatoris contractæ ratæ ſint, aut ex negotio geſto ſaltem cùm auctoritate curatoris obligetur. Ex profeſſo cum Fabro congreditur eximius Juriſconſultus Franc. de Amaya *lib. 1. obſ. jur. c.* 8.

Ex lege duodecim tabularum) *L. t. l.* 12 *de curat. fur. Ulp. tit.* 12. §. 1. Verba legis recitat, M. Tullius *lib. 2. de invent. & 3. Tuſcul. Si furioſus exiſtat, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto.* Unde nonnulli exiſtimant, legem de prodigo nihil nominatim caviſſe, ſed per interpretationem ita acceptam eſſe, propter ſucceſſionis emolumentum, quod ut furioſo, ita & prodigo mortuo, ex lege apud agnatos eſt, *arg. tit. de leg. patr. tut. ſupra*, quamquam apud noſtros hujuſmodi diſtinctio non reperitur. Prodigum definit Ulp. *d. l.* 1. eum, qui neque modum neque finem impenſarum habet, ſed bona ſua dilacerando &
1 diſſipando profundit. Unde vulgò quæri ſolet, an prodigus intelligendus ſit, qui facto talis eſt, an verò decretum magiſtratus expectandum: hoc eſt, an ipſo jure & lege 12. tabularum diſſolutè & luxurioſè viventi bonorum adminiſtratio interdicta intelligatur; an verò tum demum, cùm talis eſſe ſententia magiſtratus declaratus eſt. Dicendum, eum, qui moribus talis eſt, qualis in *d. l.* 1. deſcribitur, revera quidem & ethicè prodigum eſſe, (nam vitia & virtutes non pendent ex cognitione & ſententia judicis, ſed propriam naturam & formam habent) cæterum quoad rerum ſuarum adminiſtrationem non ante politicè & effectu juris prodigo haberi, quàm ea adminiſtratio cauſa cognita decreto magiſtratus ei adempta ſit: cujuſmodi decreti extat vetus formula apud Paul. 3. *ſent.* 4. Nimirum bonorum adminiſtrationis ademptio ſive interdictio non juris eſt, ſed juriſdictionis, hoc eſt, nemini ſpeciatim bonorum adminiſtrationem lex interdicit, ac ne poteſt quidem interdicere: ſed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate magiſtratus, quos prodigos eſſe cauſa cognita conſtabit, eumque, cui bonis publicè interdictum eſt, vult eſſe in curatione agnatorum, *Ulp. d. tit.* §. 1. *fac.* §. 2. *inſ. quib. non eſt perm. fac. teſt. l. 6. de cur. fur.* qui tamen & lege interdici bonis dicitur, *d. l. 1. de cur. fur. l. 18. qui teſt. fac. l. 5.* §. 1. *de acq. hær.* propterea quòd lex id fieri jubet, & quia à lege curatorem & adminiſtratorem bonorum accipit. Benè igitur & rationi juris convenienter Horatius 2. *ſerm.* 3.

> ——*Interdicto huic omne adimat jus*
> *Prætor, & ad ſanos abeat tutela propinquos.*

Furioſi alia ratio eſt: nam cùm furor per ſe emineat, ut furioſo bonia à magiſtratu interdicatur, non requiritur: at verò an quis prodigus haberi debeat, ex multis & variis circumſtantiis æſtimandum eſt, de quibus magiſtratum cognoſcere & pronuntiare oportet: ne quis temerè in hominem ſui juris, & liberalem fortè magis, quàm prodigum, poteſtatem aliquam ſibi uſurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat. Atqui, inquis, prodigus receptis ſania moribus, & cum frugalitate in gratiam reverſus, deſinit ipſo jure eſſe in curatione, *d. l. 1. de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magiſtratus: utique neceſſe eſt, ut publicè & apertè de eo conſtet, uti communiter DD. noſtri, teſte Angelo, ſtatuunt. Atque hoc etiam concedo, ſi quis contraxerit cum manifeſtè luxurioſo, eoque, quem ſciebat, pecuniam illicò malè conſumpturum, dici poſſe, eſſe quòd ſibi imputet, *arg. l. 8. pro empt. Vigl. in* §. 2. *infr. quib. non eſt perm. teſt. fac. Myns. hic. Gail. 2. obſ.* 51. *Paul. Enſ. ad l. 6. de verb. obl. Ant. Fab. C. ſuo de cur. fur. def. 7. Decher. 2. diſſ. 8. num. 8. D. Tuld. hic cap. 4. & ad tit. C. de cur. Chriſtin. volum. 2. deciſ.* 163. Noſtris moribus ſemper requiritur ſententia declaratoria, ejuſque publicatio, teſte Grot. 1. *manud.* 11. *add. Iod. Damhoud. c. 8. de tut. & cur. num. num.* 26.

Sed ſolent Romæ] *L. 1. de cur. fur. l. 8. §. ult. de tut. & cur. dat.* qua tamen in re, quàm minimum poteſt, magiſtratus à lege duodecim tabularum recedit: nam aliis adminiſtrationem dare non ſolet, niſi agnati aut nulli ſint, aut minùs idonei, *l. 13. de cur. fur.* ut non abſolutè hæc cura ex legitima facta ſit honoraria.

T 2

Digitized by Google

TEXTUS.

De mente captis, ſurdis &c.

4. *Sed & mente captis, & ſurdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant, (quia rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt) curatores dandi ſunt.*

COMMENTARIUS.

M*Ente captis*] Furioſus utique & mente captus eſt, hoc eſt, demens, ſive amens: nam furor definitore Cicerone 3. *Tuſc. eſt mentis ad omnia cæcitas.* Plerumque tamen ſeparatur, ut iſt *l. diem proferre* 27. §. *coram de recept. arb. l.* 2. *de inoff. teſt. l. ult.* §. 1. *C. de admin. tut.* uti & furor & dementia, *l.* 8. *de tut. & cur. dat. leg.* 6. *de cur. fur.* mente captus ἄνυς, ἄνοιας, furioſus μαινόμενος. Cic. *in Piſon. Ego te non recordem, non furioſum, non mente captum, non tragico illo Oreſte aut Agamemnone dementiorem putem?* Hoc autem diſtare furioſum à mente capto interpp. noſtri docent, quòd ille rabie quadam animi agatur, quales fabulæ memorant Athamantem, Herculem, Ajacem, Oreſtem; hic magis in quiete ſit, nec ulla ferè ſigna oſtendat extrinſecus; quod vitium plerumque naturale & perpetuum eſt. Furioſorum autem duo ſunt genera; nam in quibuſdam morbus perpetuus eſt, & continua mentis abalienatio: in quibuſdam remiſſionem & intervalla habet, *l.* 14. *de off. præſ. l.* 12. §. 2. *de judic. l. ſi cum dotem* 22. §. *ſi maritus ſol. matrim. l.* 6. *C. de cur. fur.*

Surdi & muti] De ſurdis & mutis eſt in *l.* 8. §. 3. *de tut. & cur. dat.* generatim de omnibus, qui in ea cauſa ſunt, ut ſupereſſe rebus ſuis non poſſint, *l.* 12. *eod. tit.* De cæcis nihil cautum: quippe qui rei ſuæ familiari, ſi nihil aliud impediat, ſatis bene præeſſe poſſunt.

TEXTUS.

De Pupillis.

5. *Interdum autem & pupilli curatores accipiunt, ut puta ſi legitimus tutor non ſit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non poteſt. Item ſi teſtamento datus tutor, vel à prætore, aut præſide, idoneus non ſit ad adminiſtrationem, nec tamen fraudulenter negotia adminiſtret, ſolet ei curator adjungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, ſed ad tempus à tutela excuſantur, ſolent curatores dari.*

NOTÆ.

5. *Curator adjungi*] *l.* 10. §. *ult. de excuſ. l.* 13. *de tut. l.* 1. *C. in quibus cauſis Tut.* legitimo tutori etiam ſuſpecto, *l.* 9. *de ſuſpect. tutor.* alibi tamen tutor appellatur, *l.* 12. *de tut. l.* 14. *& ſeq. de tutor. dat.*

COMMENTARIUS.

H*Abenti tutorem tutor dari non poteſt*] Regula juris civilis paſſim in hoc argumento tradita, *l. idem fiet* 27. *de teſt. tut. l. cum jure, C. qui pet. tut. l. ſi ſorores, qui pet. tut.* &c. Cujus vera ratio eſt, quæ à Vveſembecio redditur, quòd cùm tutor perſonæ pupilli, & univerſo ejus patrimonio datus intelligatur, §. *natus inſ. de excuſ.* hoc jus ei invito, quamdiu tutor manet, ſine injuria adimi aut minui non poſſit appoſito alio tutore. Curator autem rectè adjungitur juvandi & ſublevandi tutoris cauſa; & volenti ac petenti item tutor. Cæterum nullum uſum hæc regula hodiernis moribus habet, Grot. *lib.* 1. *introd. c.* 7. & jure Romano non unam exceptionem. Nam primò habenti tutorem tutor dari poteſt aliarum rerum, *l. propter litem* 21. §. *ultim. de excuſ.* nempe patrimonii pupilli, quod in alia provincia habet, *l. tutores* 39. §. *patruus de adm. tut.* Deinde ſi tutor furere cœperit, aut mutus vel ſurdus factus ſit, complura ſenatuſconſulta facta eſſe Cajus auctor eſt, ut in ejus locum alius tutor detur, *l. pen. de tutel.* Idem denique traditum eſt, ſi tutor reip. cauſa abeſſe cœperit, aut ab hoſtibus receptus ſit, aut relegatus, *l.* 12. *& l.* 15. *eodem, l.* 1. *& l. pen. C. in quib. ca. tut. hab.* Quod tamen & ipſum in pleriſque cauſis non eſt perpetuum: nam alibi legimus, ob morbum aut inſaniam tutoris curatorem interim dari, *l.* 10. §. *ultim. de excuſ.* item propter abſentiam eorum omnium, qui ad tempus excuſantur, *l.* 15. *& l. ſeq. de tut. & cur. dat.* Exiſtimo, prætorem pro qualitate morbi aut diuturnitate amentiæ modò tutorem, modò curatorem dediſſe, vetereſque hiſce nominibus promiſcuè ſæpè uſos.

Nec tamen fraudulenter] Nam fraudulenter in re pupilli verſanti non curator adjungitur, ſed tutela interdicitur, *l.* 6. *Cod. de ſuſp. tut.* §. *ultim. infr. eod.* Hæc autem clauſula in legitimo tutore omiſſa eſt, cujus exiſtimationi propter neceſſitudinem parcitur, etiamſi quid forte peccaverit & curator ei potiùs adjungi ſolet, quàm ut notata fide à tutela removeatur, *l.* 9. *de ſuſp. tut.*

Sed ad tempus] Quòd reip. cauſa abſint, *l.* 15. *de tutel. dat.* aut ad aliam neceſſariam aut juſtam cauſam, *l.* 16. *eod.* In ejus autem locum, qui in perpetuum excuſatur, alius tutor ſufficitur, *l.* 11. §. 1. *de teſt. tut. l.* 1. *C. in quib. ca. tut. hab.*

TEXTUS.

De conſtituendo actore.

6. *Quòd ſi tutor vel adverſa valetudine, vel alia neceſſitate impediatur, quominus negotia pupilli adminiſtrare poſſit, & pupillus vel abſit, vel infans ſit, quem velit actorem, periculo ipſius tutoris prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto conſtituet.*

No-

NOTÆ.

6. *Actorem*] Pomponius adjutorem tutelæ vocat, *l.13. §.1. de tut.*

Conſtituet] Id eſt, decernet editum, & nominatum à Tutore, & ob hanc cauſam etiam periculo tutoris, *l.24. de admin.tut. & l.13. §.1. de tutel.*

COMMENTARIUS.

NOn ſemper ex cauſis, quas diximus, tutori curator à magiſtratu additur; ſed ſolet decreto prætoris actor conſtitui periculo tutoris, quotieſcumque aut diffuſa negotia ſunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id poſtulat, *l.decreto 24. de admin. tut.* quem adjutorem tutelæ appellat Pompon. *l. 13. §. 1. de tutel.*

Curator quoque ex iiſdem cauſis ſimiliter actorem dat, *l. unic. Cod. de act. à tut. ſeu cur. dand.*

Vel abſit, vel infans ſit] Nam ſi præſens ſit & fandi potens, nihil neceſſe eſt prætorem adire actoris decreto conſtituendi cauſa, cùm pupillus, ut dominus, auctore tutore procuratorem conſtituere poſſit, *d.l.decreto de adm. tut. l. 11. C. de proc.*

Periculo ipſius tutoris] Quamvis tutor curatoris ſibi adjuncti periculum non præſtet: actor tamen & adjutor tutelæ periculo tutoris conſtituitur, licèt decretum interveniat, *d. l. 13. §.1. de tutel. d. l. decreto de adm. tut.* Hoc ideò, quia is qui nominat, idoneum eſſe promittere videtur, *arg. l. 1. de mag. conv. l.4. §. 3. de fidei. & nominat.*

TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.
DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

D.Lib.27.Tit.7.Cod.lib. 5.Tit.57.

Continuatio, & Argumentum Tituli, cum ſumma plerorumque, quæ tutelæ & curæ communia.

HActenus dictum eſt de tutoribus & curatoribus diſtinctè, & ſeparatim; expoſitumque, quæ tutelæ, quæ etiam curæ ſunt propria. Quæ nunc ſequuntur ſatiſdatio, excuſatio, ſuſpecti accuſatio & remotio, promiſcua ſunt, & utriuſque muneris communia. Quamobrē quæ fortè de uno genere brevitatis cauſa dicemus, ea de altero quoque intelligēda ſunt. Hic autem titulus, quamvis ſimplicem inſcriptionem, duo tamen capita habet: unum eſt de ſatiſdatione à tutoribus in præparatione ad officium exigenda, cui reſpondet titulus in ff. *rem pup. ſalv. fore.* alterum de magiſtratibus in ſubſidium conveniendis: de quo *tit. ff. & Cod. de mag. conv.* Præter ſatiſdationem, & duæ aliæ res ſunt, quæ hic omiſſæ à tutoribus & curatoribus omnibus exiguntur, *l.7. de adm. tut. l. ult. Cod. arb. tut. l. tutores 24. C. de adm. tut.* de quo adi *Chriſtin. vol. 3. dec.151. num. 6. & ſeqq. & dec. 163. num. 7. & ſeqq. Grot. 1. manud. 9.* deinde ut jurent ſe rem ex fide, atque ad utilitatem curæ ſuæ commiſſorum geſturos eſſe, *Nov. 72. cap. ultim. unde auth. quòd generaliter, C. de cur. fur.* Ad hæc pro officio adminiſtrationis bona tutoris & curatoris pupillo adoleſcenti tacitè pignori ſunt obligata, *l. pro officio, C. de adm. tut. & ibi DD. Chriſtin. d. deciſ. 151.* Poſtremò in eo quoque eadem conditio eſt tutorum & curatorum, quod bona pupilli minoriſve immobilia, atque ex mobilibus, quæ ſervari poſſunt, alienare eis non licet ſine cognitione & decreto judicis, *l. ex quo 22. C. de adm. tut. & ib. DD. add. Chriſtin. d. dec. 151. cum ſeqq.*

TEXTUS.

Qui ſatiſdare cogantur.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, & eorum, qui quæve in curatione ſunt, negotia à curatoribus tutoribuſve conſumantur vel diminuantur, curet prætor, ut & tutores & curatores eo nomine ſatiſdent. Sed hoc non eſt perpetuum, nam tutores teſtamento dati ſatiſdare non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipſo teſtatore approbata eſt. Item ex inquiſitione tutores vel curatores dati ſatiſdatione non onerantur: quia idonei electi ſunt.

NOTÆ.

Eo nomine ſatiſdent] Id eſt pupillum vel adultum datis fidejuſſoribus ſecurum faciant, *l. 1. & paſſ. D. rem pup. ſalv. for.* hoc enim eſt ſatisdate. Græci ἐγγύας παρέχειν. Prætoriæ ſtipulationes, qualis hæc eſt, cautionem pignoratitiam regulariter non admittunt, *l. 7. de ſtip. præt.*

Teſtamento dati] Ut ex teſtamento confirmati, *l.3. de conf. tut.* paternum teſtimonium pro ſatiſdatione ſufficit, *l. 7. §. 5. C. de curat. fur.* neque enim tutor à patre niſi ſpectatæ fidei, & diligentiæ eligi ſolet, *l.36. de excuſ.* excipe caſus *l.8. cum 2. ſeqq. de conf. tut.*

Ex inquiſitione] *l. 4. Cod. de tut. qui ſat. non ded.*

ded. & regula eſt, ubi locus eſt inquiſitioni, ceſſat ſatiſdatio, *l.8.de cur.fur.l.ult.* §.7. *de. am.rer. ad civ. pertin.* fides enim inquiſitionis pro vinculo cedit cautionis, ut ait Pap. *l.* 13. *in fin. de tut. dat.*

Commentarius.

1 *Quando pignora invicem ſatiſdatione admittantur.*

2 *Plures fidejuſſores unius tutoris beneficium diviſionis non habere. At ex perſona plurium tutorum actionem inter fidejuſſores dividi.*

3 *Nullum eſſe genus tutorum, in quo non aliqui ſatiſdandi lege ſoluti.*

4 *Quid circa ſatiſdationem, & nonnulla alia, apud nos obſervetur.*

E*O nomine ſatiſdent*] Satiſdare propriè eſt, fidejuſſoribus datis cavere, *l.1. qui ſatiſd. cog.* Atque hoc prætoriæ ſtipulationes regulariter deſiderant, *l. prætoriæ de præt. ſtip.* nimirum quia prætor ferè cavere jubet de eo, quod intereſt, nec certam æſtimationem habet, ideò pignora dari noluit; cùm ſciri non poſſit, quæ & qualia deponenda ſint. Sed & pignora multis caſibus ſunt obnoxia, multa etiam incommoda, & tædioſam habent cuſtodiam; quod notat Caſtr. *ad d. l. 1. qui ſatiſd. cog.* Quòd ſi cautio pro re certa aut quantitate præſtanda ſit, etiam pignora admittit, *l.1.§.jubet.9.de collat.l.2.* §. 3. *quod legat.* Itaque ſatiſdare tutelæ aut curæ nomine eſt, ſtipulanti pupillo vel adoleſcenti, ſive alii, cui de ea re ſtipulandi jus eſt, promittere ſe pupillum vel adoleſcentem indemnem præſtaturum, datis in eam rem fidejuſſoribus, qui quod tutorem ex ea cauſa præſtare oportebat, ſpondeant: unde hæc cautio dicitur ſatisdatio de indemnitate pupilli vel adoleſcentis, & paſſim ſatiſdatio rem pupilli vel adoleſcentis ſalvam fore. Si plures fidejuſſores & tutores dati ſunt, ſinguli in ſolidum tenentur, & conveniri poſſunt; neque beneficium diviſionis, quod cæteri fidejuſſores ex epiſtola D. Adriani habent, ad fidejuſſores tutoris pertinet, *l.ult.rem.pup.ſalv.* Cæterum ex perſonæ plurium tutorum inter fidejuſſores dividitur actio, *l. 6. de fidej. & nomin. l.1.§.& ſiquidem* 11. *de tut. & rat. diſt.* Pertinet verò hæc ſtipulatio etiam ad curatores furioſorum & prodigorum, *l. 1. §. ult. rem. pup.ſalv.for.* & ſiquidem tutor fuit, finita demum tutela committitur, atque exinde dies fidejuſſoribus cedere incipit: in curatore ſtatim atque quæque res ſalva non eſſe cœperit, *d.l.2.§.4.* Porrò quicquid in judicium tutelæ venit, id etiam hac ſtipulatione continetur: ac proindè non tantùm damna illata, vel etiam lucra neglecta, *l.9. d. tit. l. 1. de tut. & rat. diſtr. l. ſi tutor* 15. *de adm. tut.*

Sed hoc non eſt perpetuum] Hoc adeò perpetuum non eſt, ut exceptiones latiùs patere videantur, quàm ipſa regula: nullum enim genus tutorum eſt, in quo non aliqui ſatiſdandi lege ſoluti ſint: teſtamentarii in univerſum, *l. teſtamento* 17. *de teſt. tut. l. 2. C. de tut. vel cur. qui ſat. non ded.* Ex legitimis eximuntur patroni, eorumque liberi, *l.5.§. 1.de leg. tut.* Ex dativis, qui dantur ex inquiſitione, *hoc text. & l. pen. C. d. tit.* At cur hos omnes à ſatiſdatione immunes eſſe placuit contra utilitatem, ut videtur, pupillorum? Reſpondemus, nihil hic fieri contra utilitatem pupillorum: tantùm ubi illis ſatis benè proſpectum eſſe creditur, incivile viſum eſt, ſatisdationem exigi, viriſque ſpectatæ fidei ac diligentiæ hoc onus imponi. Tales autem habendi ſunt, qui vel teſtamento, vel ex inquiſitione dantur, ob cauſas, quas mox exprimit Juſtinianus. Patrono autem liberiſque ejus etſi ſatiſdatio remittitur, id tamen non fit niſi cauſa cognita, *d. leg.* 5. §. 1. *de leg. tut.* Parentem autem manumiſſorem vel maximè hac lege ſolutum eſſe convenit.

Tutores teſtamento dati] Extra quam ſi facultatum dati à patre tutoris facta ſit deminutio, vel morum ante celata aut ignorata emerſerit improbitas, vel inimicitiæ cum patre exarſerint, *l.4. de teſt.tut.l.8.& 2.ſeqq.de conf. tut.* Tutores quoque, qui non legitimè teſtamento dati, aut omnimodò aut ex inquiſitione confirmandi ſunt, ſatiſdatione non onerantur: cæteri ſatiſdant, *l. 1. §.2.& aliquot ll.ſeqq.d.tit. §. ult.ſupr. de tutel. & ib. not.*

Ab ipſo teſtatore approbata] Quippe parentes nemini tutelam liberorum ſuorum committere ſolent, niſi ei, cujus benevolentia, fides ac diligentia eis ſatis cognita perſpectaque ſit, *l. amiciſſimos* 35. *de excuſ.* ut meritò paternum teſtimonium pro ſatiſdatione ſufficere debeat, *l. de creationibus* 27. *C. de Epiſc. aud. ult.* 5. *C. de cur. fur.*

Quia idonei electi] Quam ob cauſam fidem inquiſitionis pro vinculo cautionis cedere, Papinian. ſcripſit, *leg. ſi impuberi* 13. *in fin. de tut. & cur. dat.* Olim apud nos nemo tutor idoneus ſine ſatiſdatione æſtimabatur: verùm hodiè prudentiæ & religioni eorum, qui rebus pupillaribus præſunt, ea res committitur, qui non ſolent ſatiſdationem à tutoribus exigere, contenti eorum jurejurando, præſertim ſi teſtamento dati ſint, quod & paſſim alibi obſervatur, *Ioan. à Sande lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 9. Extat formula jurisjurandi in *ſtat. tutelar. Rhimland. art.* 22. Quandoque ab uno ex pluribus tutoribus, cui ſingulariter adminiſtratio concreditur, fidejuſſores aut pignora, prout res poſtulat, de conſilio propinquorum pupilli, exiguntur. Quæ majoris momenti ſunt, non niſi ſciente & conſentiente magiſtratu pupillares tutores facere poſſunt, niſi is magiſtratus teſtamento excluſus ſit: quo tamen caſu nihilominùs ſuprema inſpectio, re exigente, penes eos eſt, qui tribunali præſunt, *vid.Grot. 1. manud.* 9. ubi etiam tractat, an tutores, & quinam, mercedem adminiſtrationis petere poſſint; item, quando tutoribus liceat quæſtorem conſtituere; & quædam alia ad

tutoris

Digitized by Google

tutoris adminiſtrantis & quæſtoris conſtituti officium pertinentia.

TEXTUS.

Quatenus ſatisdatio de iis, qui ſatisdare non compelluntur, locum habere poſſit.

1. *Sed etſi ex teſtamento vel inquiſitione duo pluresve dati fuerint, poteſt unus offerre ſatiſdationem de indemnitate pupilli vel adoleſcentis, & contutori ſuo, vel concuratori præferri, ut ſolus adminiſtret; vel ut contutor, aut concurator ſatis offerens præponatur ei, ut & ipſe ſolus adminiſtret. Itaque per ſe non poteſt petere ſatiſdationem à contutore vel concuratore: ſed offerre debet, ut electionem det concuratori vel contutori ſuo, utrum velit ſatis accipere, an ſatiſdare. Quod ſi nemo eorum ſatis offerat, ſiquidem adſcriptum fuerit à teſtatore, quis gerat, ille gerere debet: quod ſi non fuerit adſcriptum, quem major pars elegerit, ipſe gerere debet, ut edicto Prætoris cavetur. Sin autem ipſi tutores diſſenſerint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent: Prætor partes ſuas interponere debet. Idem & in pluribus ex inquiſitione datis comprobandum eſt, id eſt, ut major pars eligere poſſit, per quem adminiſtratio fiat.*

NOTÆ.

1. *Poteſt unus offerre*] Unius ex pluribus tutoribus ſatiſdationi non obnoxiis provocatione fieri poteſt, ut cæteri ſatiſdationi ſubiiciantur, aut huic parato ſatiſdare adminiſtratio committatur, *l. 17. & 2. ſeqq. de teſt. tut.* cujus inſtituti rationem pete ex *leg. 3. §. 6. de admin. tut.*

Siquidem adſcriptum] *d. l. 3. §. 1. de adm. tut.* malè huic primum locum defert Hotoman. quod præter text. evincit ipſa ratio Bachov.

Si non fuerit adſcriptum] Aut adſcriptus gerere nolit, *d. l. 3. §. 7.*

Prætor partes ſuas interponere] Id eſt cauſa cognita ſtatuere, quis tutelam geret, *d. l. 3. §. 7. d. 14. §. 1. D. de ſolut.* Sorte rem hic dirimi non placet, quia vertitur in præjudicium alterius. Accurſ.

COMMENTARIUS.

1 *Provocatione unius ex pluribus tutoribus ſatiſdationi non obnoxiis fieri poſſe, ut cæteri ſatiſdationi ſubiiciantur.*

2 *Tutelam non tam commodè à pluribus, quàm ab uno adminiſtrari; ideòque Prætori curæ eſſe, ut adminiſtratio in unum derivetur, & quis in ea re ordo.*

HIc locus exceptionem quamdam continet eorum, quæ de tutoribus teſtamento aut ex inquiſitione datis ſatiſdatione non onerandis initio dicta ſunt: nam etſi directò ab his ſatisdatio exigi non poteſt; ſi tamen plures ſunt hujuſmodi tutores, provocatione unius fieri poteſt, ut cæteri ſatiſdationi ſubiiciantur, ſi huic parato ſatiſdare adminiſtrationem committi nolint. Id quod ſumma ratione à Prætore introductum eſt. Nam cùm periculum adminiſtratione non diviſa commune ſit omnium tutorum, & quod culpa unius malè geſtum eſt alios quoque oneret: *l. 6. in fin. C. arb. tut. l. pen. C. de div. tut.* æquiſſimum eſt, ut ei, qui hoc incommodum metuit, ſoli adminiſtratio permittatur ſatiſdationem ad ſecuritatē collegarum offerenti, aut ſi ipſi adminiſtrare malint, eadem conditione adminiſtrent, collegamque ſuum, qui ſatis obtulit, præſtita cautione itidem ſecurum reddant. Porrò quoniam tutela non tam commodè à pluribus, quàm ab uno adminiſtrari ſolet, (quippe plures ad adminiſtrationem admiſſi ſæpè diſſenſione aut æmulatione ſe invicem impediunt; ſæpè etiam, ut ait Ariſtot. 2. *pol.* 2. mutua præſumptione & fiducia operæ alterius omnes ceſſant; utique unus faciliùs & actiones exercet & excipit) curæ Prætori fuit, ut quoad fieri poſſet, in paucos, vel unum potiùs, tutelàm derivaret, quàm ut ea per multos ſpargeretur, *l. 3. §. apparet 6. de adm. tut.* eleganter D. Tuld. *c. 3. & 4. hic.* Hujus autem rei cauſa gradus complures Prætor fecit, quorum ordinem & numerum hic demonſtrat Juſtinianus. Primus eſt, ut ei, qui ex pluribus ſatiſdationi non obnoxiis, ſatiſdationem offert, geſtus committatur, *l. 17. de teſt. tut.* Proximus, ſi nemo ſatis offeratur, ut ei committatur, quem teſtator gerere voluit: cui malè primum locum defert Hotom. *d. l. 3. §. 1. de adm. tut. l. 14. §. 1. de ſolut.* Tertius, ſi teſtator neminem deſignavit, ut is adminiſtret, quem major pars collegarum elegerit, *d. l. 3. §. ſi non 7. d. l. 14. §. 1.* Quartus, ſi collegæ inter ſe diſſentiant, ut tum prætor partes ſuas interponat, & cauſa cognita ipſe ſtatuat, quis tutelam gerere debeat, *dd. ll.* Sorte hic rem dirimi non placuit, quia vertitur præjudicium alterius, *Gloſſ. in verb. partes.* Enimverò hæc ita obtinent, ubi de tutelæ adminiſtratione uni aut pauci committenda agitur: nam ſi omnes gerere velint, aut tutelam inter ſe dividi, vel in partes, vel in regiones audiendi ſunt, ne inviti alienum periculum ſubire cogantur, *d. l. 3. §. pen. & ult. cum l. ſeq. de adm. tut.* Idemque eſt, ſi omnes parati ſint ſatisdare, *d. l. 17. de teſt. tut.* ut tamen maximè idoneum prætor eligere poſſit, *l. quod ſi 18. d. tit.* Porrò nec judicio teſtatoris ſemper in hac re ſtatur, nec ſatis offerens ſemper præfertur, ob cauſas, quas affert Ulpian. *d. leg. 3. §. 3. de adm. tut. d. l. 17. §. 1. & 2. de teſt. tutell.*

Per

Per ſe non poteſt petere] Dativus vel teſtamentarius tutor ſive curator, à collega ſuo ſatis petere non poteſt; ſed offerre ei debet, utrùm ſatis accipere velit, an dare, *leg. 7. rem. pup. ſal. for.* Sed ita aut ſatiſda, aut ſatis accipe.

In pluribus ex inquiſitione] Ex interpretatione videlicet edicti & oratione DD. fratrum: ſiquidem verba edicti ad teſtamentarios tantùm pertinent, *l. ſi nemo 19. §. 1. de teſt. tut.* Illud hic prætereundum non eſt, etiãſi uni adminiſtratio decernatur, non idcircò tamen honorarios tutores, ideſt, eos qui non adminiſtrant, per omnia immunes eſſe à periculo tutelæ: ſed excuſſis priùs facultatibus ejus, qui geſſit, etiam hos conveniri poſſe: quippe quorum munus ſit obſervare actus tutoris gerentis, rationes inſpicere, & malè verſantem ſuſpectum facere, *d. l. 3. §. 2. de adm. tut. D. Tuld. c. 4.*

TEXTUS.

Qui ex adminiſtratione tutelæ, vel curationis tenentur.

2. *Sciendum autem eſt, non ſolùm tutores vel curatores pupillis vel adultis cæteriſque perſonis ex adminiſtratione rerum teneri: ſed etiam in eos, qui ſatiſdationem accipiunt, ſubſidiariam actionem eſſe, quæ ultimum eis præſidium poſſit afferre. Subſidiaria autem actio in eos datur, qui aut omninò à tutoribus vel curatoribus ſatiſdari non curaverunt, aut non idoneè paſſi ſunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentium reſponſis, quàm ex conſtitutionibus imperialibus etiam in hæredes eorum extenditur.*

NOTÆ.

2. *Qui & ſatiſdationem accipiunt*] Magiſtratus intellige, qui ſatiſdationem exigere debuerant, *titul. D. & C. de Magiſtrat. conven.*

Subſidiariam actionem] Qui in ſubſidium pupilli datur, & adultis, excuſſis priùs adminiſtratoribus, eorumque fidejuſſoribus. Vide fuſiùs in commentario infrà.

COMMENTARIUS.

1 *Qui & quando præter tutores & curatores pupillis & minoribus teneantur, & quo quiſque ordine conveniendus.*

PArs hujus tituli altera, in qua agitur de actione ſubſidaria, quæ pupillis vel adultis cæteriſque perſonis, tamquam ultimum præſidium, datur adverſùs magiſtratus, qui ſatiſdationem exigere debent. Unde apparet, huic actioni locum non eſſe, ubi teſtamento vel ex inquiſitione dati ſunt tutores: ſed uſum ejus eſſe poſſe in legitimis tantùm, aut ſimpliciter datis, quos ſolos ſatiſdationi obnoxios eſſe diximus.

Subſidiariam actionem] Quæ ex re ipſa hoc nomen accepit, quia in ſubſidium pupillis datur, ſi à tutoribus eorumve fidejuſſoribus ſuum conſequi nequeant; ut hæc actio ultimum eis ſit perfugium, & tamquam ſacra anchora, *l. 4. & 5. C. de mag. conv.* Quò res meliùs intelligatur, ſciendum eſt, primo loco conveniendos eſſe tutores eorumque hæredes: & ſi plures ſint tutores, eum qui geſſit, ejuſque ſucceſſores, *l. tutores 39. §. in eum 11. de adm. tut. l. ult. C. de div. tut.* quòd ſi is ſolvendo non ſit, hoc cæteros onerare. Si omnes geſſerunt, unum eligi poſſe, & in ſolidum conveniri, *l. 2. C. d. tit. l. 6. arb. tut.* ſed electorum triplici beneficio ſuccurri; diviſionis & cedendarum actionum, exemplo fidejuſſorum, *l. 1. §. & ſi quidem 11. de tut. & rat. diſt. d. l. 2. C. de div. tut.* & inſuper utili actione adverſùs contutores, ſi quid ex communi geſtu non mandatis actionibus præſtiterit, *d. l. 1. §. & ſi fortè 13.* Si nemo geſſerit, & omnes ſolvendo ſint, electioni itidem locum eſſe, eumque, qui convenitur, excipere poſſe periculi ſocietatem: cæterum ut actiones ſibi præſtentur, fruſtra deſiderare, *l. ſi plures 38. de adm. tut.* Quòd ſi è magiſtratu vel teſtatore in partes ſeu regiones diviſa ſit tutelæ adminiſtratio, pro parte attributa quemque conveniendum eſſe, niſi cujus dolus aut culpa arguatur, quòd collegam ſuſpectum non fecerit: aut fecerit quidem, ſed colluſoriè, aut everſis jam ejus facultatibus, *d. l. 2. C. de div. tut. l. Lucius 46. §. pen. de adm. tut.* Conventione autem tutorum mutuum periculum non finitur: verùm qui adminiſtravit, ſi ſolvendo ſit, ejuſque ſucceſſores, primo loco conveniendi, *l. ult. C. d. tit.* Porrò & bona tutorum tum propter res geſtas, tum propter non geſtas pupillis eſſe obligata, *l. pro officio 20. C. de admin. tut. Mynſ. Schneid. hic.* Atque hic pupillo conſiſtendum, ſi à tutoribus ſatiſdatum non eſt, quia teſtamento aut ex inquiſitione dati. Si verò tales ſint, ut ſatiſdare debuerint, nec exacta ſit ſatiſdatio, poſt tutores ſtatim ad magiſtratus venitur, qui officium ſuum in exigendo neglexerunt, ut hoc text. Exacta autem cautione, poſt tutores heredeſque eorum cōveniuntur dati fidejuſſores, iſque deficientibus hæredes eorum, *l. 3. de fidej. & nomin. & hær. tut.* Atque ad extremum excuſſis omnibus & adminiſtratorum & fidejuſſorum bonis, ſi ſolidum pupillus nondum conſecutus eſt, ſubſidiaria actio eſt in magiſtratus, qui ſatiſdationem acceperunt, *l. Lucius 46. §. pen. de adm. tut. l. 4. C. de mag. con.* Nonnumquam tamen priùs ad magiſtratus venitur, quàm ad contutores, ſi nimirum iis nihil imputari poſſit, quòd vel ſatis à contutore non exegerint, vel ſuſpectum eum non fecerint, *vid. leg. 1. §. uſque adeò 15. de tut. & rat. diſt. junct. l. 11. de adm. tut. l. 2. & 3. de mag. conv. ad Vveſ. par. de adm. tut. num. 5. & de mag. conv. per tot. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 146. num. 9.*

Non idoneè paſſi ſunt caveri] Quoties vitioſè tan-

ſè tantùm eſt, non videtur cautum, *l. 6. qui ſatiſd. cog.* Atque hìc notant, paria eſſe, utrùm qui non fiat, an non debito modo. Sed hoc intereſt, quòd ubi omninò cautum non eſt, ſtatim magiſtratus conveniri poſſunt: ubi cautum eſt, licèt non idoneè, fidejuſſorum bona priùs excutienda ſunt, quàm ad magiſtratus veniatur.

In hæredes] Non tamen ſimiliter tenentur hæredes magiſtratuum, ut ipſi magiſtratus; nam nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur. Nam magiſtratus quidem in omne periculum ſuccedit hæres ipſius doli tantùm & dolo proximè culpæ ſuccedaneus eſt, *l. 4. de mag. conv. l. 2. C. eod.* Etenim ſi magiſtratus tanta fuit negligentia, ut aut omnem cautionem omitteret, aut evidenter cum minùs idoneis fidejuſſoribus contraheret, ipſum hoc caſu loco fidejuſſoris habendum placuit, *l. 6. eod.*

TEXTUS.

Si tutor vel curator cavere nolit.

3. *Quibus conſtitutionibus & illud exprimitur, ut niſi caveant tutores & curatores, pignoribus captis coerceantur.*

COMMENTARIUS.

P*ignoribus captis*] Pignora ideò dicuntur, quia aliquamdiu, & donec aliquid fiat, retinentur: eaque pars fuiſſe videtur multæ dictionis. Quòd ſi in contumacia perſeverent, removendi à tutela, ut ſuſpecti, *leg. 3. de ſuſp. tut.*

TEXTUS.

Qui dicta actione non tenentur.

4. *Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præſes provinciæ, neque quiſquam alius, cui tutores dandi jus eſt, hac actione tenebitur: Sed hi tantummodo, qui ſatisdationem exigere ſolent.*

NOTÆ.

4. *Qui ſatiſdationem exigere*] In urbe ſcriba, in provinciis duumviri, *l. ult. C. d. tit. l. 3. §. ult. de pecul. D.*

COMMENTARIUS.

1 *An ipſi etiam magiſtratus majores cautionem exigere potuerint.*
2 *Moribus hodiernis perexiguum actionis ſubſidiariæ uſum eſſe.*

C*Ui tutores dandi jus eſt*] Κατ' ἐξοχὴν, vel jus plenum & liberum, quale item habent proconſules, cæterique, quibus provinciæ regendæ commiſſæ, *l. 1. de tut. & cur. dat. l. 1. §. 1. D de mag. conv.* alioqui & magiſtratus municipales jus dandi tutores habent, ſed circumſcriptum, aut pendens ab arbitrio & juſſu majorum magiſtratum, *l. 3. d. tit. junct. §. ſed hoc jure ſup. de Atil. tut.* Locus hic deſcriptus ex *l. 1. de mag. conv.*

Qui ſatiſdationem exigere ſoles] Ut magiſtratus & defenſores civitatum οἱ στρατηγοὶ κ. ἔκδικοι τῶν πόλεων, Theophi. Item ſcriba præſidis vel prætoris, *leg. ult. Cod. eodem.* Ait, *exigere ſolent.* Potuitne ergo & ipſe prætor cautionem exigere? & potuiſſe non dubito, *leg. 2. & 3. rem. pup. ſalu.* Igitur & præſides potuerunt. Nuſquam tamen repetimus in eos actionem ſubſidiariam dari; ſed contra, generaliter non dari: fortaſſis propter eminentiam dignitatis eorum: vel quia abſurdum videtur, eis, qui ſine ſatiſdatione tutorem dare poterant, fraudi eſſe, quòd ſingulari erga pupillum affectu ducti, quo certius ei cautum eſſet, fidejuſſores exegerint. In his regionibus actioni ſubſidiariæ vix locus eſt, ut ſuprà quoque monuimus: neque in Germania uſum ejus eſſe teſtatur *Treuls. vol. 2. diſp 9. theſ. 7.* In Gallia quoque deſuetudine abrogatam ex Bugnion. *libr. 1. de leg. abrog. ſatyr. 2.* refert Gothofr. *ad rubr. Cod. de mag. conv.* quod miror à Barone adnotatum non eſſe. Planè ſi quid dolo malo in ſatiſdatione exigenda magiſtratus feciſſe convincantur, puta quòd ſcientes & prudentes fidejuſſorem minùs idoneum admiſerint, hoc caſu etiamnum eos teneri, tradunt *D. Tulden. ad d. tit. Cod. num. 3. & Perez ibid. numer. 4. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 181. num. 4. & 7. Groenem. de ll. abrog. hic.* Atque ita judicatum referunt *Eugen. præd. loc. Papon. lib. 10. tit. 4. art. 10.*

TITU-

Digitized by Google

Titulus Vigesimusquintus.
De Excuſationibus Tutorum vel Curatorum.

D. Lib. 27. Tit. 1. C. Lib. 5. Tit. 62.

Ratio ordinis, & quædam προθεωρίαι.

TRactationem de excuſantibus & ſuſpectis tutoribus in poſtremum hunc locum rejecit Juſtinianus, cùm ageret de modis, quibus tutela finitur, *§. ult. ſup. quib. mod. tut. fin.* Hoc tit. agit de excuſationibus, ſequenti & poſtremo de ſuſpectis. Utrumque autem etiam hoc argumentum promiſcuum eſt, atque ex æquo ad tutores & curatores pertinet. Excuſare ſe nihil aliud eſt, quàm juſtam cauſam apud magiſtratum allegare, ad obtinendam à tutela ſive delata ſive ſuſcepta immunitatem. Ajo, ſive delata ſive ſuſcepta. Nam excuſationum uſus eſt & ante & poſt ſuſceptam adminiſtrationem, ut ex ſequentibus apparebit. Ajo, juſtam cauſam: nam niſi excuſatio juſta atque ad eam rem conſtituta cauſa nitatur, non eſt audienda. Etenim tutela munus publicum eſt, cujus ea conditio, ut id, niſi juſta cauſa afferatur, neq; delatum detrectari, neque ſuſceptum deponi poſſit, *l. 3. §. 1. & 4. l. 6. de mun. & hon. l. 1.* & paſſim *de vac. mun. l. 1. de adm. tut.* Cauſæ excuſationum variæ ſunt: hic octodecim ferè enumerantur, plures in π'. *& Cod. hoc tit.* Atque harum omnium quædam certæ ſunt, & legibus ita definitæ, ut ſimpliciter ſint recipiendæ, cujuſmodi ſunt numerus liberorum, adminiſtratio fiſci, abſentia reip. cauſa, &c. alię arbitrariæ: quæ cauſa cognita à magiſtratu vel recipi, vel reiici poſſunt; quales ſunt verbi cauſa paupertas, adverſa valetudo, imperitia litterarum.

Textus.

De numero liberorum.

Excuſantur autem tutores & curatores variis ex cauſis: plerumque tamen propter liberos, ſive in poteſtate ſint, ſive emancipati. Si enim tres liberos ſuperſtites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, à tutela vel cura poteſt excuſari, exemplo cæterorum munerum, nam & tutelam & curam placuit publicum munus eſſe. Sed adoptivi liberi non proſunt: in adoptionem autem dati naturali patri proſunt. Item nepotes ex filio proſunt, ut in locum patris ſui ſuccedant: ex filia non proſunt. Filii autem ſuperſtites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excuſationem proſunt: defuncti autem non proſunt. Sed ſi in bello amiſſi ſunt, quæſitum eſt, an proſint. Et conſtat eos ſolos prodeſſe, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

Notæ.

Propter liberos] Ex Mod. *l. 2. §. 2. & ſeqq. D. h. t. l. 1. l. C. qui num. lib.* vide fuſiùs in comm. inf.

Publicum munus] *l. 1. §. 4. l. ult. §. 1. D. de mun. & bon. l. 9. de his qui ſui vel alien. jur.* nempe ratione neceſſitatis, propriè enim Reipub. munus non eſt, *l. 6. §. 15. D. h. t. vide comment.*

Adoptivi liberi non proſunt] Olim proderant, quem morem reprehendit P. Scipio apud Gell. 5. 19.

Qui in acie amittuntur] *l. 18. hoc tit.* & ita cape Mod. *in l. ult. de vac. mun. in bello amiſſus.* Gell. 2. c. 15. *aut bello amiſit*, non per cauſam belli, in obſidione fortè: ſed in acie, in prælio, Salluſt. *In eo bello trecenti milites deſiderati*, vid. com.

Commentarius.

PRopter liberos] Romanis ſtudium fuit ad matrimonia omnibus modis invitare, quod publicè intereſſe credebant juſta ſobole repleri civitatem: quam ob cauſam & pœnis cœlibes, & maritos, quòd liberos ſuſcepiſſent, præmiis affecerũt: quod effectum maximè legibus Juliis de maritandis ordinibus, & lege Papia Poppea, de quibus *Cujac. ad l. 2. hoc tit. Lipſius in comm. ad 3. annal. ad verba Taciti, de moderanda Pappia Poppæa, Hotom. in deſcriptione legum Rom.* Inter hæc præmia immunitas fuit à muneribus civilibus, *l. 1. pr. l. 2. de vac. mun.* ac proindè etiam tutela & cura, *l. 2. §. 2. hoc tit. l. 1. C. qui num. lib.*

Sive emancipati] *l. 2. §. 3. hoc tit. l. 2. §. in columes de vac. mun.* quippe hæc immunitas non tam propter onus domeſticum educationis liberorum conceditur, ut vulgò exiſtimant, quàm ut præmium & remuneratio πολυπαίδων, de jure trium liber. vid. Duar. 1. diſp. 40.

Tres liberos Romæ, in Italiæ quatuor, &c.] *l. 1. C. qui nu. lib. ſe exc.* Hinc apparet diſcrimen aliquod loci adhuc relictum fuiſſe inter Latinos, provinciales, cæteroſque cives, qui urbem incolerent, etiam poſt conſtitutionẽ Antonini *in l. in orbe de ſtat. hom.* quamvis omnes ex ea conſtitutione effecti ſint cives Romani, quod & alibi obſervare licet, *§. per traditionem 40. inf. de rer. div. & inf. de uſuc.*

Digitized by Google

uſuc. in pr. itemque *in pr. quib. al. lic.* Quod autem de Roma hic dicitur, Schol. Th. transfert & ad novam Romam τὴν Κωνσταντινούπολιν, & Thraciam τὴν Θρᾴκην.

Exemplo cæterorum munerum] Perſonalium nimirum: nam à patrimonialibus muneribus, quæ rerum & poſſeſſionum propriè onera ſunt, numerus liberorum non excuſat, *l. 2. §. 4. l. 10. & ſeq. de vac. mun.* neque ab honoribus muneribuſque his cohærentibus, *d. l. 2. §. 1.* niſi major ſit, videlicet ſexdecim liberorum, *l. 5. §. 2. de jur. imm.* aut minimum XII. *l. ſi quis 24. C. de decur.* quo tamen loco pro XII. ſubſtituendum eſſe XVI. exiſtimat Cujac.

Publicum munus] Tutela propriè non eſt munus publicum: neque enim rem publicam, ſed privatam pupilli tutor tractat: nec reipub. peculiariter intereſt pupillis tutores dari, *l. 2. §. pen. in fin. de municip.* ſed per conſequentias & impropriè loquendo; quia ad curam publicam pertinet, orbos ac pupillos tueri ac defendere, *l. 2. §. 2. qui pet. tut.* Hinc facilè intelligitur, cur Modeſtinus neget tutelam eſſe munus reipub. *l. 6. §. tutela 15. hoc tit.* At quid ſi dicamus, ideò tutelam appellari munus publicum, quia cuivis è populo non ſecus ac cætera munera publicè injungi poteſt?

Adoptivi liberi non proſunt] Quod & generaliter traditum eſt, *d. l. 2. §. 2. de vac. mun.* & ratio eſt, quia hæc beneficia patribus data ſunt, qui numero civium remp. auxerunt. Meminit Tacitus 18. *annal.* ſenatuſconſulti facti tempore Neronis, quo cautum erat, *ne liberi adoptivi ad præmia patrum prodeſſent.*

In adoptionem dati proſunt] Ex quo manifeſtè liquet, quod paulò ante diximus, hanc immunitatem magis eſſe beneficium πολυπαιδίας, quàm levamentum oneris domeſtici.

Nepotes ex filio] Scilicet demortuo, *l. 2. §. non ſolum 7. hoc tit.* nam ex filio emancipato nativo ideò non proſunt, quia ille ei prodeſt, & hi patri ſuo. Quòd ſi plures ſint ex uno filio nepotes, non ſinguli ſingula capita conſtituunt, ſed unum univerſi, patremque omnes ſimul repræſentant, *d. loc.* quod & in cæteris muneribus obtinet, *l. 3. C. de his qui num. lib. 10.*

Ex filia non proſunt] Non quia in avi materni poteſtate non ſunt: nam nec emancipati, nec in adoptionem dati in poteſtate patris manent, quos tamen prodeſſe conſtat; ſed quia duobus prodeſſe non debent; proſunt autem patri ſuo aut avo paterno, *l. 2. C. qui n. lib.*

Superſtites] *l. 2. §. 4. hoc tit. d. l. 2. §. incolumes de vac. mun.* quippe hi ſoli & reipub. uſu & parentibus oneri ſunt. Defuncti non proſunt, præterquàm bello amiſſi, *d. tit.* Quod *Ulp. l. bello 18. hoc tit. & Inſtit. hic.* de iis accipi volunt, qui in acie ſeu in prælio ἢ πολεμικῶς amiſſi ſunt, propterea quòd hi pro repub. cecidiſſe intelligantur, & in perpetuum per gloriam vivere: Unde cùm ex ſtatuto ſecundo genitus in jure primogenituræ præferretur filio primogeniti præmortui, reſponſum eſt hoc locum non habere, ſi in acie primogenitus occubuiſſet. Ayala *lib. 3. de jur. bell. c. 7. n. 21.* Qui verò per cauſam belli in obſidione, præſidiis, caſtris abripiuntur, huc non pertinent, *d. l. bello.* De iis, qui pro patria mortem oppetunt, præclarè M. Tullius *pro Planc. & Philip. 9. Liv. lib. 25. Diod. Sicil. lib. 15.* ἀντὶ θνητοῦ σώματος ἀθάνατον μνήμην καταλείπουσι. *in Lesbonact. hortat.*

TEXTUS.

De adminiſtratione rei fiſcalis.

1. *Item divus Marcus in ſemeſtribus reſcripſit, eum, qui res fiſci adminiſtrat, à tutela & cura, quamdiu adminiſtrat, excuſari poſſe.*

COMMENTARIUS.

IN *ſemeſtribus*] Crebra eſt ſemeſtrium D. Marci in libris noſtris mentio. Auctor eſt Svetonius *in Aug. c. 35.* Auguſtum ſemeſtria ſenatorum aliquot conſilia ſibi inſtituiſſe, cum quibus de negotiis ad frequentem ſenatum referendis ante tractaret. Dio. *lib. 53.* ſcribit, ex reliquo numero ſenatorum quindecim ad hoc ſorte lectos eſſe ἐς ἑξάμηνον: quod exemplum Marcus ſecutus videtur: *vid. Pet.*

Res fiſci] Vel etiam rem privatam Principis, *l. adminiſtrantes 41. hoc tit.* Huc referunt & exactores tributorum, *l. exactores, C. eod.* colonos patrimoniales, *l. ult. qui dar. tut.* cæteroſque, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit, *l. geometræ. 22. §. 1. l. juriſperitos 30. eod.*

TEXTUS.

De abſentia Reipublicæ cauſa.

2. *Item qui republica cauſa abſunt, à tutela, vel cura excuſantur. Sed etſi fuerint tutores, vel curatores dati, deinde reipub. cauſa abeſſe cœperint, à tutela vel cura excuſantur, quatenus reipub. cauſa abſunt; & interea curator loco eorum datur, qui ſi reverſi fuerint, recipiunt onus tutelæ: nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto reſponſorum ſcripſit: nam hoc ſpatium habent ad novas tutelas vocati.*

NOTÆ.

2. *Reip. cauſa abſunt*] *l. 1. C. ſi tut. reip. cauſ. l. 41. D. h. tit.* qui nam reipub. cauſ. abeſſe dicantur, diſce ex *l. 32. l. 35. l. 38. D. ex quib. cauſ. maj.* Vide fuſiùs ex comment. infrà.

Ad novas tutelas vocati] Qui cùm Reip. cauſa abeſſent, ad novas tutelas vocati ſunt, reverſi anni vocationem habent: ſed munus antè ſuſceptum ſtatim reſumi debet, *l. 10. pr. & §. 2. l. 45. D. h. tit. l. 2. C. ſi tut. reip. cauſ.*

Con-

Digitized by Google

Commentarius.

R*Eipub. cauſa abſunt*] *d. l. adminiſtrantes*, §. 2. *hoc tit.* Reip. cauſa abeſſe dicuntur, qui publici alicujus muneris vel officii cauſa, cui præſunt, ab urbe profecti ſunt, ut ex Modeſtino, Paulo, & Ulp. diſcimus, *l. abeſſe 32. l. qui mittuntur 35. l. ſi cui 38. ex quib. ca. maj.* Horum duo ſunt peculiaria: nam cùm cæteri, qui propter ſolum officium aut magiſtratum excuſantur, ſuſceptam tutelam deponere non poſſint: §. *ſeq.* eamque à qua excuſati erant, ſtatim finito officio ſuſcipere cogantur: *arg. §. præſ. l. geometræ* §. 1. *& d. l. adminiſtrantes hoc tit.* utrumque contra eſt in iis, qui reip. cauſa abſunt: nam à ſuſcepta, quamdiu reip. cauſa abſunt, excuſantur: & ſi interim ad novam tutelam vocati fuerint, reverſi, anni habent vacationem, *hoc text. l. 10. eod.* Ubi Modeſtinus ſic ſcribit: οἱ χρείας δημοσίας δήμου Ῥωμαίων ἕνεκα ἀποδημήσαντες ἐνιαυτοῦ ἔχουσιν ἀνάπαυσιν μετὰ τὸ ἐπανελθεῖν. Ergo abſentes municipii cauſa non videntur hanc anni vacationem habuiſſe, contra quam ſentit Vveſemb.

Textus.

De Poteſtate.

3. *Et qui poteſtatem aliquam habent, ſe excuſare poſſunt, ut divus Marcus reſcripſit: ſed ſuſceptam tutelam deſerere non poſſunt.*

Notæ.

3. *Qui poteſtatem aliquam*] Videtur hoc verbum hic accipi in ſignificatu excellentiori, & referri ad Magiſtratus majores: nam ædilitas à tutela non excuſat, *l. 17. §. 4. h. t.* Modeſt. tamen apertè teſtatur, & τὰς στρατηγίας τῶν πόλεων habere remiſſionem, *l. 6. §. ἀφίενται, 16. col.* qui autem antè ſe miſcuerunt, excuſare ſe propter poteſtatem poſteà adeptam non poſſunt, *l. 17. §. 3.*

Commentarius.

POteſtatis vocabulum apud noſtros aliquando largè accipitur, ut iis etiam attribuatur, qui cum magiſtratus non ſint, notionem tamen aut juriſdictionem aliquam habent, ut in edicto *Quod quiſque juris &c. l. 1.* §. 1. item in *l. 3. §. ult. de rec. arb. l. 3. in fin. ad leg. Iul. majeſt.* Sæpè item hæc vox ſignificat publicam illam jubendi ac coercendi auctoritatem, quæ magiſtratuum eſt, ſed omnium communis: ut idem ſit magiſtratus poteſtas & imperium. Et hoc eſt quod Paulus ſcribit, *l. poteſtatis 215. de verb. ſign.* poteſtatis vocabulo imperium in perſona magiſtratuum ſignificari: ac proinde in hac ſignificatione verum eſt, etiam minores magiſtratus imperium poteſtatemque habuiſſe. Nonnumquã etiam κατ' ἐξοχὴν ſoli magiſtratus majores imperium & poteſtatem habere dicuntur, minores ſine imperio & poteſtate eſſe, *l. nec magiſtratibus 32. de injur. l. 2. de in jus voc.* Atque in excellentiori hoc ſignificatu verbum poteſtatis hic accipiendum eſſe, ex eo perſpicuum eſt, quòd ædilitas à tutela non excuſat, *l. non tantum 17. §. is qui hoc tit.* Magiſtratus tamen civitatum, τὰς στρατηγίας τῶν πόλεων, remiſſionem à tutela habuiſſe apertè teſtatur Modeſtin. *l. 6. §. remittuntur 16. eod. add. Cujac. ad l. 4. in fin. eod. Ant. Fab. 1. juriſpr. hoc tit. pr. 1. ill. 3.* Sed vix eſt, ut id hodie obſervetur. *Bern. Antumn. coll. jur. ad d. l. 6. §. 16.*

Suſceptam deſerere non poſſunt] Magiſtratibus qui ante ſe miſcuerunt adminiſtrationi, vacatio à tutelis conceditur, *d. l. non tantum, §. ſanè,* in quo differunt, ab iis, qui reipub. cauſa abeſſe coguntur, ut paulò ante dictum.

Textus.

De lite cum pupillo vel adulto.

4. *Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excuſari non poteſt, niſi fortè de omnibus bonis, vel hæreditate controverſia ſit.*

Notæ.

4. *Niſi fortè de omnibus bonis*] Aut maxima eorum parte, *l. 20. l. 21. eod.* quo caſu etiam utile pupillo nolentem ſe excuſare à tutela removeri. Vide in comment.

Commentarius.

JUſta cauſa excuſationis non eſt, quòd litem aliquam cum pupillo tutor habeat: ſed ſi judicio agendum ſit, quia tutor in rem ſuam auctor fieri non poteſt, curator interim ad hoc pupillo datur, qui judicio peracto curator eſſe deſinit §. *ult. de auct. tut.* At ſi de omnibus bonis, plurimave eorum parte, aut de hæreditate lis ſit, æquum eſt excuſationem tutoris recipi, *l. ſi pupillum 20. & l. ſeq. hoc tit.* Imò utile pupillo, etiam nolentem ſe excuſare, à tutela removeri, *d. l. ſi pupillum.* Non tamen in quavis diſceptatione hæreditatis ſimpliciter & ſine cognitione cauſæ receptum fuiſſe, ut detur tutoris excuſatio, *ar. l. ſi ut allegas C. eod.* Hodie tota hæc quæſtio inutilis: nam Novella Juſtiniani conſtitutione 72. vetatur quilibet creditor aut debitor pupilli tutor ejus eſſe, dixi ſupra ad *d. §. ult. de auct. tut.*

Textus.

De tribus tutelæ & curæ oneribus.

5. *Item tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ, præſtant vacationem, quamdiu adminiſtrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorum bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.*

COMMENTARIUS.

NEmo ita onerandus eſt alienis negotiis, ut ſua ipſius negligere cogatur: adeòque & pupillorum intereſt, tutorem non nimis multis negotiis implicari. Quamobrem placuit tria onera tutelarum, vel tria onera curationum, vel tria onera permiſtarum tutelarum & curationum, quartæ tutelæ curationiſve excuſationem præbere, *l. 2. §. ult. & l. 5. q. hoc tit. l. un. C. qui num. tut.* Sufficere item viſum eſt tria ejuſmodi onera eſſe in una domo; hoc eſt, unam familiam tria onera tutelarum aut curationum ſuſtinere: ac proinde & tutelarum numerum, quas pater gerit, filio, & quas filius gerit, patri, & quas frater, fratri, qui in ejuſdem patris poteſtate eſt, ad excuſationem prodeſſe, *l. 5. §. ult. eod.* modò tutelæ quas filii adminiſtrant, ſpectent ad periculum patris, *l. 5. eod.*

Non affectatæ] Tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt, *l. ſpadonem 15. §. eſt autem 15. eod. d. l. un C. qui num. tut.* Itaque ſive quis lucrum captans ultro ſe tutelæ obtulit, ſive tenuem *τινα χάριν* ſuſcepit, ut numerum trium expleret, à quarta non excuſabitur, *d. §. eſt autem*; ſic enim verba Modeſtini, *ὁ μετρίω ἐπιτροπῆς*, interpretor. *μετρίω*, ſcilicet *ὀρφανοῦ*, *ἢ οὐσίας*. ut non tutor pauper, quemadmodum Holoander vertit, ſed pauperis tutor iis verbis ſignificetur: quam interpretationem & Theophilus juvat: nam Curtius verba Theophili, *ἐπιτροπὴν εὐτελεστάτην*, perperam interpretatus eſt, tutelam opulentam, cùm tenuiſſimam vertere debuerit: quod mirum eſt D. Gothofredum non animadvertiſſe.

Quamdiu adminiſtrantur] Id enim maximè conſideratur: in tantum, ut, ſi aut priorum pupillorum ætas prope pubertatem ſit, aut eorum, quorum ad tutelam nunc primùm tutor vocatur, excuſatio non detur, *l. non tantum 17. hoc tit.* Hinc quoque eſt, quòd in numerum tutelarum non placet cedere, ſi quis ſit fidejuſſor tutoris, vel ſi magiſtratus municipalis tutorem dedit, licèt periculum eos ſpectet, & magiſtratus in ſubſidium conveniri poſſit. Sed nec honorarius tutor periculum in numerum tutelarum imputat, *l. ſpadonem §. ſi civitatis 9. eod.* ad quem tamen quaſi pars quædam adminiſtrationis pertinet: tenetur enim actus gerentis ſollicitè obſervare, eumque ſi malè verſetur, ſuſpectum facere, *l. 3. §. 2. de adm. tut.* Enimverò tutor, qui ceſſat in adminiſtratione tutelæ, eam ratione periculi in numerum trium computat, *l. ſi is qui, 31. in fin. pr. hoc tit. l. ſi quis 60. de rit. nupt.* nimirum quia qui ceſſat, principaliter tenetur, & ſuo nomine, perinde ac ſi geſſiſſet.

Pro una computentur] Tria onera non ex numero pupillorum aut adoleſcentum computantur, ſed ex diverſitate patrimoniorum, rationumque & conficiendarum & reddendarum difficultate: nam ſi tres ſint fratres conſortes, hoc eſt, qui indiviſum patrimonium habent, pro una tutela eſt: ſi tres diſſortes, tres ſunt tutelæ, *l. 3. d. l. ſi quis 31. §. ult. hoc tit.* Idemque eſt & in aliis ſive cognatis ſive extraneis conſortibus aut diſſortibus, *d. §. ult.* Sed & contra aliquando unius pupilli tutela ob eamdem cauſam ad excuſationem ſufficere debet; ſi nimirum tam diffuſa, negotioſa & moleſta ſit, ut pro pluribus cedat, *d. §. ult.* cujus rei diſquiſitio ferè eſt in arbitrio prætoris tutelaris, ut ex eodem loco intelligitur, & hic notat *Bachov. add. Cujac. ad l. 2. cod.*

TEXTUS.

De paupertate.

6. *Sed & propter paupertatem excuſationem tribui, tam divi Fratres, quàm per ſe divus Marcus reſcripſit, ſi quis imparem ſe oneri injuncto poſſit docere.*

COMMENTARIUS.

DEſumptus hic locus eſt ex *l. 7. & l. poſt ſuſceptam 40. §. 1. hoc tit.* Eſt autem hæc excuſatio ex iis quoque, quarum receptio aut repudiatio pendet à magiſtratu, cujus de ea re cognitio eſt. Nam qui hac excuſatione utitur, docere debet ſe imparem eſſe oneri injuncto, hoc eſt, tam tenuis & nullius fortunæ, ut vix ſibi quærere poſſit vitæ neceſſaria: quod judice æſtimare oportet. *Myn. Schneid. Vveſemb. hic.*

TEXTUS.

De adverſa valetudine.

7. *Item propter adverſam valetudinem propter quam ne ſuis quidem negotiis intereſſe poteſt, excuſatio locum habet.*

COMMENTARIUS.

ET hæc cauſa ex earum genere eſt, quæ cognitionem magiſtratus deſiderant: neque enim quæcumque valetudo excuſat, ſed ea, quæ impedimento eſt, quominùs quis ſuis rebus ſupereſſe poſſit, *l. 10. in fin. l. pen. §. ult. hoc tit. l. un. C. qui morb.*

TEXTUS.

De imperitia litterarum.

8. *Similiter eos, qui litteras neſciunt, eſſe excuſandos, divus Pius reſcripſit: quamvis & imperiti litterarum poſſint ad adminiſtrationem negotiorum ſufficere.*

NOTÆ.

8. *Qui litteras neſciunt*] Id eſt, qui nec legere, nec ſcribere didicerunt, ut *in l. 3. §. 2. D. accuſ. colu- mn. 1. de re R.* 8. Svet. Clau. *c.* 10. Excuſatio hic admiſſa propter rationum conficiendarum, & reddendarum difficultatem. Vide plura in comment.

COM-

Commentarius.

Literas pro παιδεία aut humanitate ſæpè accipi, notum eſt. Propriè tamen litteræ elementa ſignificant, *l.11. §. 3. de inſtit. act. l. 6. §. ult. de bon. poſſ. l. 1. §. ſed cæterarum de var. & extr. cogn.* Cic. pro *Sylla*, *Literæ poſteritatis cauſa repertæ ſunt*. Hinc neſcire litteras dicuntur, qui ne elementarii quidem ſunt, hoc eſt, qui nec legere nec ſcribere didicerunt, *l. 3. §. 2. de accuſ. l. hac conſultiſſima 21. l. noſtram 30. C. de teſtam.* ut & è contrario ſcire litteras, qui ſcribere ſciunt, *l. pater 93. §. 1. de acq. hær. l. diſcretis C. qui teſt. fac.* Suet. in *Claud. cap. 10.* idque ex uſu etiam aliorum auctorum, ut multis docet *Duar. 1. diſput. 3.* & vel unum illud Neronis apophthegma oſtendit, *Velim neſcire litteras*, de quo Seneca *2. de Clem. c. 1.* Eamdemque loquendi formam etiam Græcis familiarem fuiſſe, argumento eſt vetus illud proverbium, quo Plato uſus eſt *3. de legib.* μήτε νεῖν μήτε γράμματα εἰδέναι. Nec dubito, quin *Inſt. hic & Paul. l. 6. §. ult. eod.* eodem modo hac locutione utantur, ut neſcire litteras iis ſit, neque legere ſcire, neque pingere: & imperiti litterarum Juſtiniano ἀγράμματοι, Modeſtino in *d. §.* idem quod ἀναλφάβητοι. Nam dicere ſe ſtudiis litterarum imbutum non eſſe, ἀπαιδευσίαν hic cauſari, ſanè quàm ineptum eſt.

Quamvis & imperiti litterarum] Axioma diſcretum eſt; Quamvis imperiti litterarum non ſint negotiorum expertes: tamen à tutela ſunt excuſandi, Cui per connexum contradicere videtur Paul. *d. l. 6. §. ult.* Si imperiti litterarum non ſint negotiorum expertes, à tutela non ſunt excuſandi. Sunt qui particulam *quamvis* hoc loco notam eſſe volunt exceptionis, contra perpetuũ & certum Latini ſermonis uſum. Alii neſcire litteras, Paulo eſſe, non didiciſſe humaniores litteras, in ſtudiis litterarum non eſſe verſatum; quaſi litterarum, hoc eſt politioris humanitatis expertes ad tutelam adminiſtrandam minùs idonei videri debeant. Fabulæ. Puto etiam litterarum ignorantiam ad claſſem earum excuſationum referendam eſſe, quæ arbitrio magiſtratus nunc admittuntur, nunc rejiciuntur. Itaque quod Juſt. ait, imperitos litterarum eſſe excuſandos, non ita accipi velim, quaſi ſimpliciter & ſemper excuſari debeant, ſed cauſa cognita, ſi fortè tutela diffuſior atque negotioſior, ut propter rationum conficiendarum difficultatem ab imperito litterarum commodè adminiſtrari non poſſit, quamvis ad res alias gerendas ſit idoneus: nam ut memoriæ omnia credat, ab eo exigi non oportet; nec ſatis tutum, vicaria aliorum opera in commentariis & ephemeridibus conſcribendis uti. Quòd ſi tutela non ſit magni patrimonii ὀγκώδης, aut aliàs ſatis expedita, cui gerendæ ſufficiat quivis non hebeti ingenio neque expers negotiorum, nulla ratio eſt, cur quis ob ſolam imperitiam litterarum ab ea excuſetur. Atque ita Paulum tempera in *d. l. 6. §. ult.*

Vinnius in Inſtitut.

Textus.

De inimicitia Patris.

9. *Item ſi propter inimicitias aliquem teſtamento tutorem pater dederit, hoc ipſum præſtat ei excuſationem, ſicut per contrarium non excuſantur, qui ſe tutelam adminiſtraturos patri pupillorum promiſerant.*

Commentarius.

Propter inimicitias] Quò moleſtiam exhibeat inimico; ἵνα ὑποβληθῇ ὄχλῳ καὶ πράγμασι; *ut ſubjiciatur litibus & negotiis, d. l. 7. §. διάταξιν. 17.* Nam ſi teſtator bona mente eum tutorem dedit, cui inimicus antea infenſuſque fuit, hoc ipſo videtur facta gratiæ reconciliatio. Dicam plura *inf. §. 11.*

Non excuſantur] Qui patri pupillorum tutorem ſe futurum promiſit, nulla excuſatione gaudet, quamvis aliàs excuſare ſe jure poſſit, quaſi excuſationibus renuntiaſſe videatur, qui ita fidem ſuam obligavit, *l. ſpadonem §. 1. hoc tit. l. ex ſententia 29. de teſt. tut.*

Textus.

De Ignorantia Teſtatoris.

10. *Non eſſe autem admittendam excuſationem ejus, qui hoc ſolo utitur, quod ignotus patri pupillorum ſit, divi fratres reſcripſerunt.*

Notæ.

10. *Divi fratres*] Marcus Antoninus Philoſophus, & Ælius Verus, T. Antonini Pii filii, Adriani Nepotes, *vid. Liv. de iiſd.*

Commentarius.

Ignotus patri] *d. l. ſpadonem §. qui dixerit 14.* Excipiunt DD. poſt Gloſſam hic, niſi quis dicat ſe ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam vocatus eſt, *t. ult. eod.* ſed hoc genus eſt excuſationis omnium commune.

Divi Fratres] Marcus Antoninus Philoſophus & Ælius Verus, T. Antonini Pii filii, Adriani nepotes, qui primi duo Auguſti appellati, & faſtis conſularibus ſic inſcripti ſunt, auctore Spartiano in *Ælio Vero*. Appellantur & fratres Imperatores, *l. fratres 33. de pœn. l. ſi adulterium 38. §. fratres ad leg. Jul. de adult.* vid. Ant. Auguſtin. *lib. ſing. de excuſ. ad §.* ἔτι ἀπολύονται *18. l. 6. hoc tit.* & Cujac. ibid. Obiter addo, Divos à Juriſconſultis appellari Imperatores, qui poſt obitum in Deos relati erant ea ἀποθεώσεως ſolemnitate, quam ſcribit Herodian. lib. 3. poſtquàm & templa iis conſtitui, ac ſacerdotes & ſodales creati, & ludi fieri, omneſque divini honores decerni ſolebant, ut ex Tacito, Tranquillo, Spartiano, Capitolino, aliiſque id genus auctoribus diſcimus.

Digitized by Google

TEXTUS.

De inimicitiis cum patre pupilli vel adulti.

11. *Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, ſi capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenerit, à tutela vel cura ſolent excuſare.*

NOTÆ.

11. *Cum patre pupillorum*] *d. l. 6. §. 17. Paul. 2. ſent. 27.* Idem eſt, ſi cum pupillis vel adultis, *l. 3. §. 12. D. de ſuſp. tut.* ubi Ulp. ait etiam ob hanc cauſam removeri.

COMMENTARIUS.

1 *An homini Chriſtiano conveniat ad excuſationem tutelæ obtendere inimicitias.*

NUnc de inimicitiis paulò pluribus & diſtinctiùs agamus. Ait, inimicitias capitales quas quis cum patre pupillorum exercuit, niſi intervenerit reconciliatio, ſolere excuſare. Inimicitias capitales intelligo quaſcumque graviores, quæ vel vitam, vel libertatem, vel exiſtimationem petunt, *arg. l. licet capitalis 10. de verb. ſign.* Sunt qui exiſtimant, hujuſmodi excuſationem minùs convenire homini Chriſtiano: neque enim rectè videri tutorem dicturum, non debere ſe cogi benè facere homini inimico & de ſe malè merito, aut liberis ejus: quæ ſententia ethnicis fortaſſis conveniat, aut veteribus illis, quorum meminit Chriſtus *Matth. c. 5.* qui legem Domini ſic accipiebant; *Diliges proximum tuum, & odio habebis inimicum tuum.* Chriſtianis & piis non convenit. Et ſanè ita eſt, niſi ratio afferatur, cur inimicitiæ excuſare debeant; qualis hic occurrit, videlicet, ut liceat ſiniſtram ſuſpicionem hoc obtentu vitare, & antevenire remotionem. Ait, *cum patre pupillorum.* Idem eſt ſi pupillis ipſis vel adultis inimicus ſit, *l. 3. §. ſi tutor. 12. de ſuſp. tut.* Ait, *nec reconciliatio intervenerit.* Reconciliatio aut apertè intervenit, ut ſi poſt ortas inimicitias in gratiam redierint, aut tacitè, ſi eum, cui pater juſtè infenſus antea erat, poſtea teſtamento ſuo tutorem ſcripſerit: nam ſi hoc bono animo fecerit, non ut litibus eum implicaret, injuriam ei hoc ipſo remiſiſſe videtur, *l. 6. §. dat remiſſionem 17. hoc tit.* Planè ſi ipſe pater cauſam inimicitiis dedit, puta quòd eum, quem tutorem dedit, aliquando capitis accuſaverit, aut inſigni contumelia affecerit, ad excludendam excuſationem neceſſaria eſt aperta reconciliatio, *arg. §. ſeq.* Nam illius eſt remittere injuriam, cui illata eſt. Ait, *ſolent excuſare*, & meritò: niſi enim hujuſmodi tutores & curatores ultrò ſe excuſent, inviti removentur, *d. l. 3. §. ſi tutor. de ſuſp. tut.*

TEXTUS.

De ſtatus controverſia à Patre pupilli illata.

12. *Item is, qui ſtatus controverſiam à pupillorum patre paſſus eſt, excuſatur à tutela.*

COMMENTARIUS.

SI tutor ſtatus controverſiam à patre pupilli paſſus ſit, id eſt, ſi eum pater in ſervitutem petierit, hoc par interdum, ac ſi capitis accuſaſſet, *l. 14. ff. de bon. libert.* & hic tutor omnimodò excuſandus, etiamſi pater eum poſtea teſtamento tutorem dederit, ut jam diximus. Is etiam excuſatur à tutela, qui talem controverſiam movet pupillo, seriò & bona fide, non dedita opera ne tutelam ſubeat, & calumniæ cauſa, quod ex reſcripto Marci & Veri (ita legendum eſſe textus Græcus oſtendit) proponitur in *l. 6. §. amplius 18. hoc titulo.*

TEXTUS.

De ætate.

13. *Item major ſeptuaginta annis à tutela & cura ſe poteſt excuſare. Minores autem vigintiquinque annis olim quidem excuſabantur: noſtra autem conſtitutione prohibentur ad tutelam, vel curam adſpirare: adeò, ut nec excuſatione opus ſit. Qua conſtitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: quum ſit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus ſuis adminiſtrandis egere noſcuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam ſubire.*

NOTÆ.

13. *Major ſeptuaginta annis*] Non ingreſſus annum ſeptuageſimum, ſed egreſſus, *l. 2. D. hoc tit. l. 3. de jur. imm.*

Noſtra conſtitutione] *leg. ultim. Cod. de leg. tut.*

Prohibentur ad tutelam] Videtur Tribonianus erraſſe in explicatione juris veteris. 1. Quòd putavit minorem 25. tutorem à Magiſtratu dari potuiſſe, datumque neceſſe habuiſſe ſe excuſare. 2. Quòd credidit periculo minoris, cui legitima tutela delata erat, curatorem interim datum tutelam adminiſtraſſe, vide plura infrà in commentar.

COMMENTARIUS.

1 *Duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadverſus.*

Senes

SEnes æquè ac magiſtratus veteres reveriti ſunt, *leg. 5. de jur. immun.* quæ reverentia conſiſtebat in aſſurgendo, in loco dando ac cedendo, domo deducendo ac reducendo. Juvenalis *ſatyr. 13.*

Credebant hoc grande nefas & morte piandum,
Si juvenis vetulo non aſſurrexerat.

add. Valeq. lib. 2. c. 1. Cic. 1. off. Gell. lib. 2. c. 15. Fuit etiam venerabilis ſenectus excuſatione honorum & vacatione munerum perſonalium. Ab honoribus excuſabant anni 60. in urbe. Senec. *de brev. vit. Lex à quinquageſimo anno militem non cogit, à ſexageſimo ſenatorem non citat.* Item tamen 2. *Controv. 65.* annos exigit. A decurionatu excuſabant anni 55. *l. non tantùm de decur.* à tutelis cæteriſque muneribus perſonalibus anni 70. *l. 3. de jur. immun. l. 1. hoc tit. l. un. C. qui ætat.* In *l. ult. C. qui ætat. vel profeſſ. lib.* 10. pro LV. legendum LXX. ut contextus oſtendit, & monet Cujac. Cæterum hæc ita procedebant, niſi aliter conſuetudo vel lex municipalis definiret, *d. l. non tantùm, l. 2. de vac. mun.*

Major ſeptuaginta annis] In immunitatibus cœptus annus pro completo non habetur: quamobrem ad vacationem tutelæ non ſufficit ingreſſum eſſe aut agere annum ſeptuageſimum, ſed egreſſum eſſe oportet, *leg. 2. hoc tit. l. 3. de jur. immun.*

Minores olim quidem excuſabantur] Hic locus & conſtitutio Juſtiniani *in l. ult. C. de leg. tut.* multis impoſuit. Conſtat minorem 25. annis teſtamento tutorem rectè dari: ſed ita datum perindè haberi, ac ſi ſub conditione aut ex die datus eſſet, cùm major 25. annis factus fuerit; ut interim nec tutelam adminiſtret, nec ullo effectu pro tutore habeatur, *§. 2. ſup. qui teſt. tut. l. quæro. 32. in fin. de teſt. tut.* ſed alius tutor, aut curator interim à magiſtratu datur, qui tutor, aut curator eſſe deſinit exiſtente conditione, hoc eſt, poſt legitimam tutoris teſtamento dati ætatem, *l. 10. §. pen. hoc tit. §. 1. ſup. de Atil. tut.* Legitimos tutores nemo dat, ſed lex eos facit tutores, *l. 3. de leg. tut.* Atque uti quiſque proximus eſt agnatus, ita jure ex lege tutor eſt; quamvis poteſtas adminiſtrandi demum poſt perfectam ætatem ei deferatur, *l. 16. §. 1. de tutel. l. 4. l. 8. de leg. tut.* Quare ſi agnatus pupilli proximus minor erit 25. annis, jure agnationis & ſucceſſionis ex lege tutor eſt: ſed quia jus adminiſtrandæ tutelæ ante juſtam ætatem non habet, curator interim ad hoc à magiſtratu dabitur, *§. ult. ſup. de curat. d. l. 10. §. pen.* qui locus ſimul confirmat, quod dixi, eum ipſo jure pro tutore eſſe: alioqui non à magiſtratu alius interim daretur, ſed inſequentis gradus agnati protinus in tutelæ adminiſtratione ſuccederent, *arg. leg. 3. pen. de leg. tut.* Reviſe quæ ſcripſi ad *§. ult. ſup. de cap. dem.* A magiſtratu tutor ſub conditione aut ex die dari non potuit, *l. 6. §. 1. de tutel.* Ergo nec minor 25. annis: quippe cui dationi inſit dies aut conditio, cùm major erit, *§. 2. ſup. qui teſt. tut. l. 10. § pen. & ult. de teſt. tut.* Quapropter ſi tota datio non conſiſtit, nec ἐν τῷ νόμῳ pro tutore ullo effectu habebitur, ac ne quidem poſt ἀκμὴν tutor erit: ideòque conſultò de teſtamentario & legitimo dumtaxat Modeſtinum *d. l. 10. §. pen.* locutum eſſe exiſtimandum eſt. Nunc videamus quid hic novi conſtituerit Juſtinianus. Ait, minores 25. annis olim quidem excuſatos fuiſſe: ſe autem de conſtitutione ſua caviſſe, ne omninò minor aut detur tuto, aut ad legitimam tutelam vocetur, *d. l. ult. C. de leg. tut.* De legitimis & dativis loquitur conſtitutio: liberam patris voluntatem teſtamento de tutela cavêtis non coarctat. In ea autem conſtitutione atque hoc loco duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadvertitur. Unus eſt, quòd putaverit jure veteri periculo minoris, cui legitima tutela delata erat, curatorem interim datū tutelam adminiſtraſſe, ut patet ex ratione, quæ affertur in pr. conſtitutionis. Alter, quòd minorem à magiſtratu tutorem dari poſſe crediderit, ſed excuſandum fuiſſe: quaſi vel omiſſa excuſatione ipſe minor tutelam gerere potuerit, aut alius ſimul à magiſtratu dandus fuerit, qui interim periculo minoris gereret. Quæ omnia tam abſurda & à ratione juris veteris aliena ſunt, ut mirum ſit, Cujacium, Hotom. Vvelemb. ipſumque adeò cuſtodem Triboniani. Ant. Fabrum hic dormitaſſe. Quòd ſi quid novi hic conſtitutum videri poſſit, erit illud unum, quod Bachovius exiſtimat, ut jam non ampliùs agnato proximo, ſi minor ſit, tutela legitima ullo modo deferatur; ſed ea ætate inſuper habita, ſoli ex agnatis proximis tutores fiant, qui ſunt perfectæ ætatis: at ſi proximi omnes minores ſint, ut ſequentes vocentur; quos olim excluſos fuiſſe, ac ne durante quidem ἀφηλικίᾳ proximi ad adminiſtrationem tutelæ admiſſos jam oſtendimus.

Nec pupillus] Si verum eſt, quod diximus, agnatum proximum, quamdiu minor eſt, tutelam gerere non poſſe, ineptè atque inutiliter videtur quæri, an pupillus ad legitimam tutelam pupilli ſit vocandus. Nam & ſi fingamus, alterum infantem eſſe, alterum pubertati proximum, exiguum tamen tempus ſuperfuturum eſt adminiſtrationi. Et in *l. 10. §. pen. h. tit.* non de impubere quæritur, ſed de adoleſcente ſive minore 25. annis: nam ἀφῆλιξ, qui & ἀνῆλιξ. Græcis non eſt ἄνηβος, ſed νέος, hoc eſt, adoleſcens, τὴν ἥβην ὑπερβὰς, ἐλάττων δὲ κε ἐνιαυτῶν, ut paſſim apud Theoph. & Harmenop.

Quum incivile ſit.] Hæc ratio nihil aliud efficere videtur, quàm ut ne minori tutelæ adminiſtratio permittatur. Atqui nec jure veteri ea minori permiſſa fuit. Sed, ut dixi, falsò credidit Juſtinianus, periculo minoris interim tutelam ab alio adminiſtrari ſolitam; nam ideò ſe jus vetus mutaſſe ſcribit, ut cuique immineat pro ſua tantummodò adminiſtratione periculum, ne alieno onere alius prægravetur. Itaque tutelam vel curam ſubire, hoc loco dixiſſe exiſtimari poteſt pro eo, nempe periculum tutelæ ab alio adminiſtrandæ ſuſtinere.

Digitized by Google

TEXTUS.

De Militia.

14. *Idem & in milite obſervandum eſt, ut ne volens ad tutelæ onus admittatur.*

COMMENTARIUS.

MIlites armatæ militiæ ad inſtar minorum, ne volentes quidem ad tutelam aut curam gerendam admittuntur, *l.4. C. qui dar. tut. l.8.C. de legat.* ne videlicet propter privata negotia à numeris & ſignis avocentur: quam ob cauſam nec procuratores eſſe poſſunt, *l.8.§.de procur.* nec aliena prædia conducere, *l.milites, 31.C.de loc. & cond.* Quatenus veterani, hoc eſt, qui militia honeſtè dimiſſi & ſacramento ſoluti ſunt, vacationem tutelarum habeant, copioſè diſputatur, *l.8. & 2. ſeqq. hoc tit.*

TEXTUS.

De Grammaticis, Rhetoribus, & Medicis.

15. *Item Romæ grammatici, rhetores & medici, & qui in patria ſua has artes exercent, & intra numerum ſunt, à tutela & cura habent vacationem.*

COMMENTARIUS.

STudiorum liberalium profeſſores, grammatici, ſophiſtæ, rethores, qui publicæ juventuti proſunt: item medici, quemadmodum à reliquis muneribus, ita & à tutela & cura vacationem habent, *l.6.§.1.hoc tit. & tit. C. de profeſſ. & med. lib.10.* Habent & Philoſophi, *d.l.6.§.5.* Muſicos, quamvis eorum ars ingenua ſit & liberalis, non habere tradit *Cujac. in d.l.6.§.1.* allegans *l. 4. C.de excuſ.mun.lib. 10.* quo loco pro *Hydraulæ* videtur legiſſe *Muſici.* Nec poetæ habent, *l.3. C.de profeſſ.& med.* licèt divini ſpiritus mereantur. Legum quoque doctores non habent, exceptis iis; qui Romæ docent, *d.l.6.§.legum 12.* Cæterum ex Conſtitutione Conſtantini omnes habent, *l.6.C. de profeſſ.& med.*

Qui in patria ſua] Profeſſores & medici ita demum hac immunitate gaudent, ſi in patria ſua doceant aut medeantur, non in aliena. Eſt autem duplex patria: una propria ſive originalis: altera communis, quæ eſt Roma, *l. Roma 33. ad municip.* Quamobrem qui Romæ docent, etiamſi Romani non ſint, immunitatem habent, *l. 9. de vac. mun.* ſive ſalariati ſint, ſive non ſint, *l. 6. §. Romæ 11. hoc tit.* Atque hæc ex tribus una eſt conditio ad obtinendam immunitatem neceſſaria, *d. l. 6. §. amplius. 9.*

Intra numerum ſunt] Conditio altera, non aliter enim hac immunitate fruuntur magiſtri ſtudiorum, quàm ſi probati decreto ordinis & numero conſtituto adſcripti ſint, *d.l.6.§.4.l.5.7. & 8. C.de profeſſ.* Certus enim numerus eorum qui vacationem haberent, in unaquaque civitate lege definitus erat, *d.l.6.§. 2.* præterquàm philoſophorum, *διὰ τὸ σπανίους εἶναι τοὺς φιλοσοφοῦντας, d.l.6.§.de philoſophis*, quem numerum excedere non licebat, *d.l.6.§.3.* niſi quis propter excellentiam præſtantiamque doctrinæ, *ὁ ἄγαν ἐπίσημος*, immunitate ſupra numerum donaretur, *d.l.6. §. valde.* Eſt & tertia conditio hic omiſſa, ut benè & ſedulò ſuo munere fungantur, ſeque adoleſcentibus utilea præbeant: alioqui denuò ab ordine reprobari poſſunt, *d.l.6.§.6.leg.2.l.8. C. de profeſſ.l. 11. §.3. de mun.& hon.* Colligunt hinc DD. ſtudioſos, qui graviter litteris non incumbunt, etiamſi in catalogum relati ſint, privilegiis ſcholarum gaudere non oportere; ceſſante ſcilicet ratione inductiva privilegiorum, ſecundùm *Aldobrand.nu.19. Scheneid.nu.6.hic*, quamquam vix eſt, ut hoc obtineat: conſule *Vvameſ.cent.1.conſ.20.Chriſtin.vol.5.deciſ. 36.& 49.n.14.& ſeq.*

TEXTUS.

De tempore & modo proponendi excuſationes.

16. *Qui autem ſe vult excuſare, ſi plures habeat excuſationes, & de quibuſdam non probaverit, aliis uti intra tempora conſtituta non prohibetur. Qui autem excuſare ſe volunt, non appellant; ſed intra quinquaginta dies continuos, ex quo cognoverint ſe tutores vel curatores datos, ſe excuſare debent, cujuſcumque generis ſint, id eſt qualitercumque dati fuerint tutores, ſi intra centeſimum lapidem ſint ab eo loco, ubi tutores dati ſunt. Si verò ultra centeſimum lapidem habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, & ampliùs triginta dierum: qui tamen, ut Scævola dicebat, ſic debent computari, ne minus ſint, quàm quinquaginta dies.*

NOTÆ.

16. *Qualitercumque dati*] Sive à Magiſtratu, ſive teſtamento, ſive lege; nam & legitimos tutores ſe excuſare poſſe conſtat, *l. 3. §. 8. D. de leg. tut. l. 1. C. eod. l. 9. C. qui dari tut.* & priùs dixerat, cujuſcumque generis.

Centeſimum lapidem] Translatitium eſt, lapidem pro milliario, ſive mille paſſibus accipi.

COMMENTARIUS.

1 *Utrùm poſt conſtitutionem D. Marci adhuc immediatè à dilatione tutelæ appellari potuerit.*
2 *Ex quo tempore 50. dies excuſationis allegandæ conſtituti currere incipiant.*
3 *An cauſa excuſationis per procuratorem agi poſſit.*
4 *Etiam tutores legitimos excuſari.*
5 *Proponendæ & diſceptandæ excuſationis quæ forma apud nos obſervetur.*

Aliis

A*liis uti non prohibetur*] Ex Marciano *l. propter litem* 21. §. 11. *eodem*. Eſt enim excuſatio ſpecies quædam exceptionis: nemo autem prohibetur pluribus exceptionibus uti, *l.* 8. *de exc. l. nemo* 43. *de reg. jur.* Sed an qui plures excuſationes habet, eas omnes ſimul proponere & conteſtari debeat, quæritur, & putat Gloſſ. hoc neceſſe non eſſe: ſed verius eſt, omnes initio conteſtari oportere, ne alioqui tutor negotii trahendi cauſas novas poſteà excogitet: & eſt textus in *l. ſcire oportet* 13. §. *ſcire autem* 8. *hoc titulo*. Omnibus autem propoſitis, vel unam probare ſufficit ad victoriam.

Non appellant] Hoc enim D. Marcus effecit Nam cùm antea non minùs à delatione tutelæ, quàm alterius muneris appellaretur, Marcus Antoninus tutelam à cæteris muneribus ita ſecrevit, ut tutor datus non ampliùs rectà à datione provocaret: ſed ſi quas ſe habere putaret juſtas excuſationis cauſas, eas intra præſtituta tempora proponeret, quas ſi judex rejeciſſet, tum demum licentiam appellandi haberet: qui verò ad alia munera vocarentur, illi non aliter quàm olim, hoc eſt, quàm appellatione interpoſita, allegare poſſint cauſas immunitatis ſuæ, *l.* 1. §. 1. *& 2. quand. appell.* Igitur ſi qui ſunt loci, in quibus tutores dati provocaſſe proponuntur, ut in *l.* 4. *hoc tit. l. tutores* 39 §. *tutor* 6. *de adm. tut. l.* 2. *& pen. de tut. & cur. dat. l.* 17. §. 1. *de appell.* illi non ſic accipiẽdi ſunt, quaſi ab ipſa creatione *ἀμέσως* appellaſſent, ſed à rejectione excuſationis intra præſtitutum tempus allegatæ. Neque obſtat quod Modeſtinus ſcribit in *l.* 16. *hoc tit.* tutores etiam citra appellationem ſe excuſare poſſe: aut quod idem Modeſt. *l.* 13. *eod. & impp. l. tutores* 18. *C. eod.* tutores datos non neceſſe habere appellationem interponere, quaſi, ſi velint, adhuc provocare poſſint. Nam hujuſmodi collectiones ut ſemper neceſſariæ non ſunt, ita hæc minimè hoc loco admittenda. Tutores neceſſe non habent appellare; ergo, ſi velint, poſſunt. Neceſſe enim non habent, ut olim ante conſtitutionem D. Marci: nunc ne poſſunt quidem, & fruſtra ante propoſitam & repulſam excuſationis cauſam appellant *d. l.* 1. §. 1. *quand. app.* qui locus tam clarus eſt, diſtinguens hac in parte tutelam de aliis muneribus publicis, ad quæ vocatus contra privilegiũ illicò appellat, ut ex eo alii loci omnes ſint declarandi. Atque hoc jure utimur, *D. Tulden. hic c.* 12. *& ad tit. C. eod. Chriſtin. vol.* 3. *deciſ.* 171. *num.* 12. *Perez. in Cod. hoc tit. num.* 16. *Groe.* 1. *manud. c.* 7. Eſt verò hoc argumentum, nihil hic tutorum cauſa conſtitutum eſt. Convenientius fortaſſe viſum eſt atque æquius, ut qui tutorem dediſſent, ipſi priùs de cauſa excuſationis ſummatim cognoſcerent, eamque vel acciperent, vel repudiarent, cùm nihil eorum interſit, tutorne ille ſit, an alius, quàm ut ſtatim quaſi rejecta cauſa excuſationis, quam nunquam audiverunt, ſuperior provocaretur. In tutoribus teſtamentariis & legitimis etiam hoc abſurdũ videtur. At in delatione alius muneris, puta ſi ab ordine aut duumviris aliquis decurio aut ſcriba nominatus ſit, quia eorum qui nominaverunt, intereſt nominatum munus delatum ſuſcipere, ipſi quodammodò pars ſunt, & in ſua cauſa judices conſtituerentur, ſi excuſationes apud eos allegandæ & probandæ forent, quod hic notat Jo. Fab.

Intra quinquaginta dies continuos] Proponendæ & conteſtandæ excuſationi 50. dies continui conſtituti ſunt, *l.* 13. §. 1. *& ſeqq. hoc titulo*, *D.* peragendo negotio continui quatuor menſes, *l. quinquaginta* 38. *eod.* Dicuntur dies continui, qui continuò, id eſt, *συνεχῶς*, continenter, & ſine interruptione, nulliſque exemptis currunt, ad diſcrimen utilium, è quibus ſubducuntur omnes dies, quibus experiundi juris ſui poteſtas non eſt, *l.* 2. *de div. & temp. præſ.* de quo fortaſſis alibi plura.

Ex quo cognoverint] Quinquaginta dies excuſationibus proficiendis conſtituti tutoribus & curatoribus non cedunt, ex quo dati ſunt, ſed ex quo cognoverint ſe tutores aut curatores datos eſſe, *d. leg.* 13. §. *quinquaginta leg.* 6. *C. eod. l.* 3. *de verbor. ſignific.* Atque ex eo tempore ſi ceſſent, ſuo periculo ceſſant, *l.* 1. §. 1. *de adm. tut.* ut tamen iis ignoſcatur, qui valetudine aut vi tempeſtatis, aliave ſimili cauſa impediti conſtituto tempore non venerint, *d. l.* 13. §. *ſi enim.* Porrò nec antea quàm à die cognitionis cedere exiſtimo quatuor illos menſes diſceptando & finiendo excuſationis negotio conſtitutos; ne alioqui contingat, ut priùs finiatur tempus excuſationis, quàm incipiat; quod perquàm eſſet abſurdum. Nec eſt contrarium quòd Paulus in *d. l.* 38. menſes illos ex die numerationis numerat, nam Paulo eo loco idem dies eſt nominationis & cognitionis: quippe qui ſolùm excludere vult tempus, quo allegata ſit excuſatio: quaſi dicat, quatuor illos menſes non currere à die propoſitæ excuſationis, quod videri poterat, ſed à die nominationis, cognitæ ſcilicet, non factæ, Ant. Fab. 1. *juriſp. hoc tit. pr.* 1. *illat.* 7.

Se excuſare debent] Non ſolùm venire tutor & adire judicem intra 50. dies decet, ſed neceſſe eſt, ut intra id tempus ſe excuſet, id eſt cauſam excuſationis ſpeciatim alleget & conteſtetur, quam etſi fortè mox non perſequatur, nihil tamẽ magis ei obſtabit præſcriptio 50. dierum, cùm ad negotium peragendũ ei adhuc ſuperſint 70. dies: niſi *ἐπιπολαίως χρῆσθαι*, hoc eſt, defunctoriè, perfuſoriè, aut ut Contius vertit, dicis cauſa, adierit, ut deſiſteret ſtatim, & adverſarium traheret, *d. l.* 13. §. *ὅταν καί.* 6. Conteſtanda autem excuſatio vel in jure ad tribunal prætoris, vel apud acta, vel *χαμόθεν*, id eſt, *de plano*, per libellum, *d. l.* 13. §. *καὶ δὲ μίαν.* 10. Nam etſi tutor per libelli oblationem & ſubſcriptionem non excuſatur, *l. excuſare* 25. *eod.* eò quòd excuſatio pro tribunali diſceptãda & excutienda eſt, quia opus eſt decreto: per *leg.* 9. §. 1. *de off. proc. l. omnia* 71. *de reg. jur.* tamen ad ſubmovendam præſcriptionem conteſtatio vel per libellum facta ſufficit.

Illud

Digitized by Google

Illud non ſatis expeditum eſt, an & abſens tutor excuſari poſſit. Negat Accurſ. quem ſequuntur *Pet. Fab. ad l. nemo 70. de reg. jur. & Ant. Fab. d. illat. 7.* itemque *Bachov. in Treutl. volum. 2. diſp. 9. th. 1. lit. B.* Mihi contraria ſententia, quæ Cujacii eſt, verior videtur, per textum *l. tut. 19. C. de admin. tut.* Neque video quid obſtet, quominùs cauſa excuſationis per procuratorem agatur. Oppoſita ſunt *per libellum* & *pro tribunali*: non *per libellum* & *in præſentia*, nam præſens libellum offerre poteſt.

Cujuſcumque generis ſint, i. qualitercumque dati] Sive igitur teſtamento dati ſint, ſive à magiſtratu, ſive à lege ad tutelam vocati: nam & legitimos tutores excuſari, verius eſt, *l. 3. §. quæri de leg. tut. l. ſi pupillum 20. hoc tit. l. 1. C. de leg. tut. l. ſi ſororis, C. qui dar. tut. arg. l. 2. §. hoc tit.* quibus
4 locis eorum ſententia manifeſtè refellitur, qui putant, legitimos tutores ſe excuſare non poſſe, niſi & removeri poſſint, aut ad tempus dumtaxat quo in numero ſunt, *Hotom. & Giphan. hic Cujac. ad d. l. 13.*

Intra centeſimum lapidem] Ad profeſſionem excuſationis 50. dies dantur, ſi is, qui tutor datus eſt, ſit in eadem civitate, vel intra centeſimum lapidem; ſi ultra ſit, ad veniendum dantur ſinguli dies in ſingula 20. millia, præterea 30. dies; ita ut computatis itineris diebus, & illis triginta, tutor non pauciores habeat, quàm quinquaginta quod latiùs proſequitur Modeſtin. *d. l. 13. §. 1. & ſeqq.* Obiter addo, lapidem pro milliario ſive mille paſſibus accipi: quæ appellatio inde manavit, quòd ſingula milliaria poſitis ſingulis lapidibus, ſive columnis lapideis ſpatiorum ſigna inſcripta habentibus Tib. Gracchus, auctore Plutarcho, diſtinxerat. Initium autem & finem omnes viæ Italiæ capiebant ab aurata illa columna, quæ Romæ in capite fori ad ædem Saturni poſita erat, ni-
5 mirum ab aureo illo urbis milliario monumentis veterum tantoperè nobilitato. In hiſce regionibus proponendæ & diſceptãdæ excuſationis hæc ferè forma ſervatur, ut ſi quis tutelam ſibi delatam ſuſcipere detrectet, is intra tres ſeptimanas, ex quo cognoverit ſe tutorem datum eſſe, competentes magiſtratus ſolito ſeſſionum die adeat, ibique cauſas excuſationis alleget probetque: quibus auditis & cognitis ſine mora negotium peragitur: &, ſi juſtæ ac ſolidæ videantur, excuſato recuſante, alius in locum ejus ſufficitur: ſin minùs, rejecta excuſatione tutori nominato onus tutelæ ſententia magiſtratus imponitur; à qua ſententia, ſi iniqua tutori videbitur, provocare ei licet: ſed interim alius ei & periculo ejus, ſi tandem ſuccumbat, ſubſtituitur, vid. *art. 19. & 20. ſtatut. Rhinland. Grot. 1. manud. 7.* De forma compellendi tutores ad tutelam capeſſendam dictum eſt ſub *§. 1. ſup. de Attil. tut.*

TEXTUS.

De excuſatione, pro parte patrimonii.

17. *Datus autem tutor ad univerſum patrimonium datus eſſe creditur.*

COMMENTARIUS.

ARbitror cum D. Hotomanno & Vveſemb. §. hunc mutilum eſſe, & decerptum ex Marciano, *l. propter litem 21. §. 1. hoc tit.* Hoc autem indicare velle Juſtinianum, tutorem, qui pro parte bonorum ſe excuſat, audiendum non eſſe; quippè qui non parti bonorum, ſed univerſo patrimonio datus intelligatur, cujus regulæ exceptio traditur *d. l. 21.* niſi ſe excuſet, ne ultra centeſimum lapidem in aliena provincia tutelam gerat.

TEXTUS.

De excuſationibus propriis Curatorum: De Tutelæ geſtione.

18. *Qui tutelam alicujus geſſit, invitus curator ejuſdem fieri non compellitur: in tantùm, ut licèt paterfamilias, qui teſtamento tutorem dedit, adjecerit, ſe eumdem curatorem dare; tamen invitum eum curam ſuſcipere non cogendum, divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.*

NOTÆ.

QUæ præcedunt cauſæ excuſationum, tutelæ cum curatione comunes ſunt: ſequuntur duæ, propriæ curationis: quarum una proponitur hoc §. altera §. *ſeq.*

Curator ejuſdem fieri non compellitur] Romanis ad excuſationem curationis adulti ſatis viſum eſt ejuſdem pupilli tutelam geſſiſſe, *l. curator 20. C. eod.* quaſi nimis durum ſit gemino unius perſonæ onere premi: quod tamen jus apud nos & in aliis pleriſque locis deſuetudine abrogatum eſſe monuimus ſupra ſub *tit. quib. mod. tut. fin. & de curat.*

Adjecerit, ſe eumdem curatorem dare] Licèt aliàs curator teſtamento datus à prætore confirmari ſolet, *ſup. de curat. §. 1.* Excipiunt veteres ob beneficium libertatis acceptæ libertum, quem Patronus liberis ſuis tutorem & curatorem dedit, *l. 1. C. eod.* niſi de ſua pecunia emptus & manumiſſus ſit, aut ex fideicommiſſo libertatem acceperit: nam in hujuſmodi liberto nihil juris patronus conſequitur, excepto quòd ſine venia in jus ab iis vocari non debeat, *l. 14. §. 3. l. nequaquam 24. hoc tit.*

TEXTUS.

De Marito.

19. *Iidem reſcripſerunt, maritum uxori ſuæ curatorem datum excuſare ſe poſſe, licèt ſe immiſceat.*

Notæ.

19. *Maritum uxori ſuæ*] Maritus uxori ſuæ Curator dari non poteſt, ne furioſæ quidem, ne cohibeatur ratio adminiſtrationis, *l. 2. Cod. qui dar. tut. l. 4. Cod. hoc tit. l. 14. D. de cur. fur.*

Se immiſceat] Quamquam regulariter qui ſe miſcuit adminiſtrationi non excuſatur, *l. 17. §. 5. D. h. t. 2. C. ſi tut. falſ. all.*

Commentarius.

1 *Quarum rerum uxoris maritus curator eſſe prohibeatur.*
2 *Iuriſconſultos verbo excuſandi ſæpè abuti.*
3 *Quæ hodiernis moribus mariti in bona uxoris poteſtas.*

Altera cauſſa excuſationis, propria curationis in marito, uxori ſuæ, puta minori 25. annis, aut mente captæ curatore dato. Aut, *curatorem datum*. At quorum bonorum? nam dotis etiam dominus jure civili maritus eſt, *infr. quib. alien. lic. l. doc. Cod. de rei vind.* Si de jure veteri quæritur, non eſt dubitandum, quin omnium quæ extra dotem mulier habet, quæ Græcis παράφερνα dicuntur, licèt expreſsè uſum earum rerum ſibi non receperit, ac reſervarit. Hoc enim cauſæ prohibendi convenit, quam mox aſſeremus, & ſententiæ veterum conſtitutionum indiſtinctè loquentium, *l. 2. Cod. qui dar. tut. l. 4. l. licet 17. Cod. hoc tit. l. 3. Cod. de matr.* Potuit ſanè mulier, quæ perfectæ ætatis eſſet, marito rerum omnium, quas extra dotem haberet, adminiſtrationem committere, *arg. l. 8. Cod. de pact. conv. l. maritus, Cod. de procur. l. pen. ad leg. Falcid.* Sed quæritur de uxore minore 25. annis, aut mente capta, quæ parapherna habeat. Huic, inquam, maritus eorum bonorum curator dari indiſtinctè jure veteri prohibetur, non receptitiorum dumtaxat, ut malè Mynſ. Hotom. Vveſemb. nam ex novis demum conſtitutionibus eſt, quòd marito paraphernorum, quæ uxor ſpecialiter non excepit, adminiſtratio permittitur, *leg. 8. l. ult. Cod. de pact. conv.* quod hic annotare neglexit Tribonianus.

Excuſare ſe poſſe] Sæpè noſtri verbo excuſandi abutuntur, eoſque etiam excuſari ajunt, qui tutores aut curatores eſſe non poſſunt: ut cum dicunt, inimicitias capitales præſtare excuſationem, [illegible], *§. inimicitiæ ſup. l. 6. §. Εἰδέναι. 17. eod.* patrui cum pupillo de hæreditate contendentis excuſationem recipienda, *l. ſi pupillum 20. eod.* luminibus captum, mutum, ſurdum, furioſum excuſationem habere, *l. unic. Cod. qui morb.* quos omnes tamen certum eſt tutelam gerere non poſſe, *l. 3. §. ſi tutor 12. de ſuſp. tut. l. licèt 17. C. hoc tit.* cujus eadem effectu ſpecies eſt cum ea, quæ hic proponitur: nihil enim refert, uxori maritus, an ſocer nurui curator detur. Hoc autem loco Juſtinianum verbo excuſandi abuſum eſſe conſtat ex *l. 2. Cod. qui dat. tut. item* ex *l. 14. de cur. fur.* quæ apertè negant maritum uxori curatorem creari poſſe. Quæ ideò moneo, nequis putet in arbitrio mariti poſitum eſſe, aut ſe excuſare, aut omiſſa excuſatione curam uxori ſuſcipere: & in univerſum ne quis credat certum eſſe argumentum tutoris jure dati, quòd excuſationem habere dicatur. In tantùm autem maritus prohibetur uxori ſuæ curator conſtitui, ut ſi conſtitutus prudens ſe immiſceat, infamiæ labem contrahat, ſicut & illi infames fiunt, qui contra Senatuſconſultum pupillam vel adultam ſibi matrimonio jungunt: eadem enim utriuſque prohibitionis ratio eſt, ne ſcilicet fraus adminiſtrationis tegatur, dum uxor vel propter blanditias mariti nolet, vel propter metum ejus non audebit ab eo exigere rationes, *l. 4. l. licet 17. Cod. hoc tit. junct. l. 5. l. 7. Cod. de interd. matr. l. libertum 64. §. 1. de rit. nupt.* Dubito autem cum Bachovio, an hæc poſterioribus conſtitutionibus conſentanea ſint.

Licèt ſe immiſceat] Qui excuſare ſe poteſt, is ſi neglecta excuſatione ſe miſcuerit adminiſtrationi, poſteà ſe excuſare volens non auditur, quaſi juri ſuo tacitè renuntiaverit, *l. non tantùm 17. §. 5. ſanè hoc tit. l. 2. Cod. ſi tut. falſ. alleg.* Sed hoc locum habet in iis, qui tutores aut curatores rectè dati ſunt, quorum etiam propria eſt excuſatio: nam qui tutores aut curatores eſſe non poſſunt, etiamſi ſe immiſcuerint, excuſantur aut removentur, *l. 6. pupillum 10. hoc tit. §. item major. ſupr. eod.* Atque hæc quidem jure Romanorum ita ſe habent. Cæterum moribus noſtris uxor eſt in curatione & poteſtate mariti: poteſtque maritus bona uxoris, etiam ea, quæ extra communionem retinuit, non ſolùm adminiſtrare, ſed alienare quoque, aut obligare etiam ſine uxoris conſenſu, niſi pactis antenuptialibus expreſsè aliter cautum fuerit, *D. Neeſt ad obſ. rer. jud. 9. in not. Grot. 1. manud. 5.* eademque ferè & apud cæteros Europæ populos mariti in uxorem hodie poteſtas eſt, ut ex *Vveſemb. Chaſſan. & Covar. refert Gudelin. lib. 1. de jur. nov. c. 8. & D. Tulden. ad tit. de curat. §. 1. ſup.* Apud Friſios adminiſtratio marito permiſſa, alienatio ſine conſenſu mulieris non item, *Sande lib. 2. tit. 4. def. 2.*

Textus.

De falſis allegationibus.

20. *Si quis autem falſis allegationibus excuſationem tutelæ meruerit, non eſt liberatus onere tutelæ.*

Notæ.

20. *Falſis allegationibus*] Ubi adde, ex eo tempore, quo datus eſt, tutelæ obligatum eſſe.

Com-

COMMENTARIUS.

DEcretum, quo tutor, falſis allegationibus uſus, abſolutus eſt, ipſo jure nullum eſt neque eum periculo tutelæ eximit, *l. 1. l. ultim. Cod. ſi tut. falſ. alleg.* quod favore pupillorum ita conſtitutum eſſe credendum eſt. Nam regulariter ſententia ex falſis allegationibus lata ipſo jure non eſt nulla: ſed adversùs eam, ſi provocatum non ſit, petenda eſt reſtitutio, *arg. leg. Divus 33. de re judic. & tot. titul. C. ſi ex falſ. inſtrument.*

TITULUS VIGESIMUSSEXTUS.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

D. Lib. 26. Tit. 10. Cod. lib. 5. Tit. 43.

Continuatio & ſumma Tituli.

EX tribus quæ ad tutores & curatores communiter attinentia Juſtinianus tractanda ſuſcepit, duo expoſita ſunt, ſatiſdatio, & excuſatio. Supereſt tertium, & ultimum, ſuſpecti tutoris vel curatoris accuſatio & remotio; quod hoc poſtremo hujus libri titulo nunc explicat. Oſtendit autem ſtrictum, unde ea accuſatio deſcendat, qui apud quos & à quibus accuſari poſſint: inde, qui ſint ſuſpecti, & quibus ex factis tales arguantur, & removeri debeant, docet; ac promiſcuè, quæ hujus accuſationis remotioniſque ſit vis atque poteſtas.

TEXTUS.

Unde ſuſpecti crimen deſcendat.

Sciendum eſt, ſuſpecti crimen ex lege duodecim tabularum deſcendere.

COMMENTARIUS.

SUſpecti crimen ex lege duodecim tab.* Ex Ulpian. *l. 1. §. 2. hoc tit.* Eòque pertinere creditur, quod Cicero ſcribit 3. *de offic. dolum malum etiam, legibus fuiſſe vindicatum ut tutelam duodecim tab.* Crimen autem hoc loco, & apud Ulpian. pro criminatione ſive accuſatione poni certum eſt: neque inſolens eſt iſta hujus verbi ſignificatio, ſic enim accipitur in *l. 7. de accuſ. l. 5. de calum. leg. propter 21. de ſenat. Silan.* & apud Cicer. *pro Roſc. Amerin. Tria ſunt,* inquit, *quantum exiſtimare poſſum, quæ obſtant hoc tempore Sexto Roſcio, crimen adverſariorum & audacia & patientia.* Quamobrem licèt Theoph. rectè verterit κατηγορίας; cauſa tamen non erat, cur interpretem ejus Curium, novumque utriuſque ἀξιοφάνους editorem Gotofredum carperet Bachov. quòd in Latina verſione *crimen* retinerent.

TEXTUS.

Qui de hoc crimine cognoſcunt.

1. *Datum autem eſt jus removendi tutores ſuſpectos, Romæ prætori, & in provinciis præſidibus earum, & legato proconſulis.*

NOTÆ.

1. *Legato proconſulis*] Jus removendi ſuſpectos tutores magiſtratibus competit vi ſuæ juriſdictionis, & ideò ea mandata, ſive in ſpecie, ſive in genere, tranſit in eum, cui mandata eſt, *l. 1 §. 3. & 4. hoc tit.* ergo etſi præſes mandaverit, quod malè negat Cujac. *l. 1. §. 11. D. ad ſen. Turp.* nam ibi non excluditur, qui mandatam juriſdictionem habet, ſed magiſtratus municipiorum.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam apud eum, cui mandata eſt juriſdictio, ſuſpectum poſtulari poſſe.*

D*Atum eſt*] Hoc, non ita accipiendum eſt, quaſi jus de ſuſpectis tutoribus cognoſcendi, eoſque removendi, ſpeciali aliqua lege aut ſenatuſconſulto prætoribus aut præſidibus datum ſit: quemadmodum cum dicimus jus dandi tutores alicui datum eſſe, hoc ſic accipimus, datum eſſe nominatim vel à Principe, vel lege, vel ſenatu, *l. 1. l. 3. de tut. & cur. dat. l. 6. §. 2. de tut.* ſed jus hoc removendi tutores prætoribus & præſidibus more concedi propter vim imperii, hoc eſt, iis competere vi & poteſtate magiſtratus ſui ſive juriſdictionis, ut de judicis dandi licentia, quam iidem magiſtratus habent, ſcriptum eſt in *l. cum prætor. 12. §. 1. de judic.* Etenim longè alia ratio eſt tutoris dandi, alia removendi. Datio tutoris juriſdictionis non eſt, qua de cauſa nec mandari poteſt, *dict. l. 6. §. 2. l. ne mandante de tut. & cur. dat.* Cognitio de ſuſpectis & remotio juriſdictionis eſt, eaque ſive in ſpecie ſive in genere mãdata in eum, cui mandata eſt, tranſit, *l. 4. in pr. de off. ejus cui mand. l. 1. §. 4. hoc tit.* Rurſus jus dandi tutoris etiam magiſtratibus municipalibus certa lege conceſſum eſt, *l. 3. de tut. & cur. dat. §. 4. & 5. ſup.*

Digitized by Google

ſup. de Attil. tut. At de ſuſpecto cognoſcere ſoli poſſunt magiſtratus majores, *l. 1. §. ſuſpendi 11. ad ſenat. Turp.*

Legato proconſulis] Legato quoque proconſulis de ſuſpecto cognoſcendi jus eſt, non ut ſpecialiter ei conceſſum, ſicut tutoris datio oratione D. Marci, *l. 1. §. 1. de tut. dat.* ſed tamquam conſequens juriſdictionis à proconſule mandatæ, *l. 1. §. 4. hoc tit. l. 4. de off. ejus cui mand. eſt juriſdiſd.* in qua lege quod Macer adjicit, *propter utilitatem pupillorum*, non ſic accipiendum eſt, quaſi utilitas pupillorum contra juris rationem hanc ſententiam extorſerit: ſed quòd hic cum ratione illa generali, ex qua mandata juriſdictione totum officium juris dicundi tranſit, etiam concurrat ex accidenti pupillorum utilitas; quorum ſcilicet intereſt, ut plures de ſuſpecto cognoſcere poſſint, ne diutiùs perfidus tutor in patrimonio pupilli graſſetur. Pari ratione & ſi prætor mandaverit juriſdictionem, poterit apud eum, cui mandata eſt, ſuſpectus poſtulari, *d. l. 1. §. 4. verſ. ergo.* Idemque omnibus dicendum, ſi præſes mandaverit. Nec eſt contrarium, quod apud Marcianum *l. 1. §. ſuſpecti 11. ad ſenat. Turp.* legimus, ſuſpectis tutoris accuſationem pro tribunali tantùm examinari poſſe, & nullum alium de hujuſmodi quæſtione, quàm præſidem, poſſe pronuntiare. Nam cognoſcente & pronuntiante eo, cui mandata eſt juriſdictio, ipſe cui mandavit, cognoſcere, & pronuntiare intelligitur, & ille hujus vice, non ſua, fungi, *l. 1. §. 1. l. 3. de off. ejus cui mand. l. ſolet 16. de juriſd. l. 1. §. 1. quis à quo app.* Solùm excludere voluit Marcianus magiſtratus inferiores in municipiis & civitatibus, qui pro tribunali, ubi hæc quæſtio diſceptanda, non cognoſcunt, licèt juriſdictionem aliquam habeant. Sic in *l. ubicumque 105. de reg. jur.* quæ etiam ad propoſitam ſpeciem pertinet, cùm prætor deſiderari dicitur, ubicumque cauſæ cognitio neceſſaria eſt, non excluditur is cui à prætore juriſdictio mandata eſt, ſed duumviri, ſive magiſtratus municipales, quibus ea quæ majoris cujuſdam poteſtatis ſunt, facere non licet, *l. ea, quæ 26. ad munic. junct. l. 1. & 4. de damn. inf.* Hodie etiam noſtri magiſtratus municipales, quos Scabinos appellamus, de ſuſpectis tutoribus cognoſcendi, eoſque removendi jus habent.

Textus.

Qui ſuſpecti fieri poſſunt.

2. *Oſtendimus, qui poſſint de ſuſpecto cognoſcere: nunc videamus, qui ſuſpecti fieri poſſint. Et poſſunt quidem omnes tutores fieri ſuſpecti, ſive ſint teſtamentarii, ſive non ſint, ſed alterius generis tutores. Quare etſi legitimus fuerit tutor, accuſari poterit. Quid ſi patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodò meminerimus, famæ patronis parcendum eſſe, licet ſuſpectus remotus fuerit.*

Commentarius.

Poſſunt quidem omnes tutores] Item omnes curatores, ſive adoleſcentis, ſive furioſi aut prodigi curam gerant, *l. 3. § 2. eod.* ſed & curator ventri datus ſuſpectus poſtulari poteſt, *dict. l. 3. §. 3.* Locus hic diſcriptus eſt ex *l. 1. §. oſtendimus eodem.*

Quare etſi legitimus] Indicare videtur, faciliùs tutores teſtamentarios, & dativos ut ſuſpectos accuſari & removeri poſſe, quàm legitimos, eoſve, qui vinculo neceſſitudinis aut affinitatis pupillo conjuncti ſunt: quibus potiùs curator adjungendus eſt, quàm ut notata fide atque exiſtimatione removeantur, *l. ſi tutor. 9. eod. D.*

Famæ patroni parcendum] Quod de patrono hic dicitur, idem vel magis ad parentem pertinet: & fortaſſis ne poſtulari quidem ſuſpectus parens potuit, ſed ſimpliciter curator adjungendus fuit. Illud conſtat, liberto & filio ſemper honeſtam & ſanctam perſonam patris, & patroni videri debere, *l. liberto de obſ. par. & patron.* Atque hic eſſe, quòd nullæ actiones famoſæ, ac ne illæ quidem, quæ fraudis vel doli ullam mentionem habent, adversùs parentes patronoſve inſtitui poſſint; ſed ex quibus cauſis actio in alios famoſa datur, ex iiſdem adversùs illos in factum detur omiſſa doli mentione *l. non debet, de dol. l. 2. l. 5. §. 1. d. tit. l. 1. §. interdictum 43. de vi & vi armat.* quod in propoſito proclive eſt, eò quòd hæc actio natura ſua famoſa non ſit, *vid. l. 3. §. ultim. cum l. ſeq. & l. 9. hoc tit.*

Textus.

Qui poſſunt ſuſpectos poſtulare.

3. *Conſequens eſt, ut videamus, qui poſſint ſuſpectos poſtulare. Et ſciendum eſt, quaſi publicam eſſe hanc accuſationem, hoc eſt, omnibus patere. Quinimò mulieres admittuntur ex reſcripto Divorum Severi & Antonini: ſed hæ ſolæ, quæ pietatis neceſſitudine ductæ, ad hoc procedunt: ut puta mater: nutrix quoque & avia: poteſt & ſoror. Sed & ſi qua alia mulier fuerit, quam prætor propenſa pietate intellexerit, ſexus verecundiam non egredientem, ſed pietate productam, non ſuſtinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accuſationem.*

Notæ.

3. *Quinimò mulieres*] In tantùm pupillorum gratia à conſuetudine judiciorum receſſum eſt.

Pietatis neceſſitudine] Apud Ulpian. *l. 1. §. 7.* unde hæc ſumpta, legitur *pietate neceſſitudinis.*

Com-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

DEſcripta hæc ſunt ex Ulpiano, *l.1.§.conſequens hoc tit.* Ait, *quaſi publicam*, quæ nota eſt improprietatis. Revera enim hæc accuſatio publica non eſt. Nam ſive finem ejus ſpectes, non perſequitur injuriam reipub. illatam, ſed pupillo: ſive formam & exercitionem, non extra ordinem à præfecto urbis aut præſidibus de hoc crimine quæritur, ut de criminibus publicis, *l. ordo de publ. jud. l.1.§.ult. de pœn.* ſed ut de re pecuniaria in privatis judiciis à prætore vel præſidibus, iiſve, quibus ab his mandata eſt juriſdictio, *arg. l. ut privil. del.* Ad hæc qui publico judicio aliquem reum facit, is ſubſcribere in crimen, quod intendit, debet, *l.3.§.1.de accuſ.* & deſiſtens ab accuſatione incidit in ſenatuſconſultum Turpilianum: quorum neutrum eſt in poſtulatione ſuſpecti, *d. l. ult. de priv. del. l. 1. §. ſuſpecti. 11. ad Turpil.* Cur igitur hæc accuſatio dicitur publica? nimirum quia publicæ ſimilis eſt in eò, quod omnibus patet: quod publicarum proprium eſt, *§.1 inſ. de pub. jud.* Cui add. & alterum poteſt, quia & nullo accuſante ipſe magiſtratus ex officio manifeſtè ſuſpectum repellere poteſt, *d. l.3.§.præterea, hoc tit. junct. l.13. de off. præſ. l.1. in pr. C. de cuſt. reor. Chriſtin. volum. 3. deciſ. 157. num. 1.*

Mulieres admittuntur] Contra morem judiciorum. Et notandum eſt, quòd ad hanc accuſationem admittantur non ex tantùm mulieres, quæ pupillo neceſſitudinis aliquo vinculo junguntur; verùm etiam quævis aliæ, quas modò commendet pietas & verecundia: ut intelligamus, majorem eſſe ſuſpecti tutoris accuſandi licentiam, quàm criminis publici judicii intentandi: quippè cùm mulieri permiſſum non ſit publico judicio quemquam reum facere, præterquàm ſi ſuam aut ſuorum injuriam perſequatur, *l.1. & l.2. de accuſ. l. crimine, Cod. qui accuſar. non poſſ.* In tantum pupillorum gratia à conſuetudine judiciorum devexum eſt. Athenis quoque publica erat hæc actio, *Jul. Poll. 8. cap. 6.* quod ex Platonis lege deſcendit, *l. 11. de legib.* Uſus autem non ſervat, *vid. Groenem de ll. abrog. ad tit. ff. de pop. act.*

TEXTUS.

An pubes vel impubes.

4. *Impuberes non poſſunt tutores ſuos ſuſpectos poſtulare: puberes autem curatores ſuos ex conſilio neceſſariorum ſuſpectos poſſunt arguere: & ita Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.*

COMMENTARIUS.

HÆc eadem traduntur in *l.7. hoc tit. l.6. C. eod.* Ait, *impuberes non poſſunt, &c.* In poſtulandis ſuſpectis tutoribus principaliter perpendendum eſt, an quid ſegniter aut fraudulenter gerant, *l.5. Cod. eod.* in quo cùm animi judicio opus ſit, mirum non eſt, impuberes ad hanc accuſationem non admitti, ut culpent mores tutoris ſui, à quo ipſi regi debent. Sufficit, hanc accuſationem omnibus patere, ipſumque adeò prætorem per ſe tutorem repellere poſſe, *l.3.§.1. in fin. & §. præterea 4. eod.*

Puberes autem curatores ſuos] In rebus, quæ privati judicii quæſtionem habent, ſicut pupillus auctore tutore, ita & adultus curatore conſentiente litem & intendere & excipere debet, *l.2.C. qui leg. perſ.* Publica accuſatio pupillis omninò non patet, *l.8. de accuſ.* niſi quod eis ſpeciatim conceſſum eſt, ut de conſilio tutorum mortem patris exequantur, *l.2. §.1. de tit.* Puberes verò etſi & ipſi regulariter publico judicio accuſare non poſſunt, *l.4. C. de auct. præſt.* poſſunt tamen curatore auctore, ſi ſuam ſuorumve injuriam perſequantur, *l. ſi maritus 15. §. lex Julia 6. ad leg. Jul. de adult. l.7. C. eod. l. 11. de accuſ. Gloſſ. in d. l.4. C. de auct. præſt.* Quapropter ſi in hoc quoque accuſationem ſuſpecti ſimilem eſſe volumus accuſationi publicæ, videri poterit, nihil eſſe in propoſito ſpeciale, quia ſuam injuriam minor perſequitur, qui curatorem ſuum ſuſpectum facit.

Ex conſilio neceſſariorum.] Quorum in ea re præſcriptum minor ſequetur: quòd ſi illi nolint in accuſationem conſentire, judicis à minore adiri officium erit, videre ne quid detrimenti minor capiat, *arg. l. ſi cum dotem 22. §. nec non 6.* & ibi Bart. *ſolut. matrimon. Cantiuncula & Mynſ. hic.*

TEXTUS.

Qui dicatur ſuſpectus.

5. *Suſpectus autem eſt, qui non ex fide tutelam gerit, licèt ſolvendo ſit, ut Julianus quoque ſcripſit. Sed & antea quam incipiat tutelam gerere tutor, poſſe eum quaſi ſuſpectum removeri, idem Julianus ſcripſit: ſecundùm eum conſtitutum eſt.*

COMMENTARIUS.

HOc §. in genere docet Impe. quis ſit ſuſpectus, & unde talis eſſe deprehendatur. Ait, ſuſpectum eſſe, qui non ex fide tutelam gerit: quod ſic accipiemus, non tantùm ſi fraudulenter & callidè in rebus pupilli verſetur, ſive quæſtus aut commodi cauſa res adminiſtret: ſed etiam ſi negligenter aut ſegniter, neque ea integritate ac ſollicitudine, qua oportet, *l.1.§.ult. hoc tit. l.5. Cod. eod.* Nec tutori quicquam prodeſt quòd ſolvendo ſit, quòd ſatisdederit, vel nunc offerat: non enim ex patrimonio principaliter, ſed ex moribus ſuſpectus æſtimandus eſt, *l.5. l.6. eod. d. l.5. C. eod. §. ult. inſ. eod.* & pupillo ſemper utilius eſt, ſic ei proſpici, ut ab initio nullum damnum ſentiat, quàm ut poſteà laboret de conſequenda indemnitate, *arg. l. ult. C. in quib. ca. in int. reſt. non eſt nec.* quod Papinianus noſter ſic expreſſit: *Expedit pupillo rem ſuam ſalvam habere, quàm tabulas rem ſalvam fore cautionis, d. l.5. eod.*

Digitized by Google

Antea quàm tutelam gerere incipiat] Puta ſi vel ſatiſdare nolit, *l.* 1. *l.* 3. *C. de tut. qui ſat. non ded.* vel contumax ſit, *l.* 3. *C. hoc tit.* vel ſi ob ignaviam aut negligentiam non geſſerit, aut dolo fecerit, quominùs gereret, *l.* 4. *§. ult. eod.* & generaliter ſi qua juſta cauſa ſit, ob quam videatur rejiciendus, *arg. l.* 3. *§. ſi tutor* 12. *eod.*

Textus.

De effectu remotionis.

6. *Suſpectus autem remotus, ſiquidem ob dolum, famoſus eſt: ſi ob culpam, non æque.*

Notæ.

6. *Ob dolum famoſus*] *l.* 1. *D. de his qui not. infam.* Debet autem decreto cauſa ſignificari: alias integra exiſtimatione tutela abibit, *l.* 4. *§.* 1. *&* 2. *D. hoc tit.*

Ob culpam non æquè] Hoc eſt, ſegnitiem, inertiam, negligentiam, ineptiam, ruſticitatem, *l.* 3. *§. ult. eod.* Th. [illegible]. Quid ſi tutoris lata negligentia arguatur? non videtur ſalva exiſtimatione abire; quia iſta propè fraudem accedit, *l.* 7. *§.* 1. *eod.* in doli crimen cadit, *l.* 1. *§.* 5. *D. de obl. & act.* 32. *D. depoſ.*

Commentarius.

1 *Culpæ nomen & generale eſſe & ſpeciale.*
2 *Genera culpæ obiter diſtincta atque expoſita.*
3 *Ob latam culpam remotus an famoſus fiat, & quid moribus noſtris.*

A Cenſationis finis eſt remotio. Cæterum pro qualitate cauſæ & admiſſi, alii ſimpliciter removentur, alii cum nota infamiæ, alii etiam aliter & nonnunquam graviùs puniuntur. Qui ſalva aut notata exiſtimatione removeantur, oſtenditur hoc §. propriæ pœnæ adversùs quos conſtitutæ ſint; *§. ſi quis tutor.* 9. *&* 2. *ſeqq. inf. eod.*

Siquidem ob dolum] Ait remotum ob dolum famoſum eſſe, ob culpam non æquè. Dolus eſt quævis calliditas & machinatio ad alium circumveniendum adhibita, *l.* 1. *§.* 2. *de dol.* Culpa eſt omne factum, quo nocetur alteri injuria, ſed [illegible], id eſt, ſine animo & propoſito frau-
1 dandi. Etſi enim culpa generali ſignificatione etiam dolum continet, Cic. 1. 1. *de offic. Cavendum ne major pœna ſit, quàm culpa,* & in *l. Aquilia* conſtat culpæ nomine etiam dolum venire, *l.* 5. *§.* 1. *junct. l.* 30. *pen. ad leg. Aquil.* in ſpecie tamen accepta à dolo diſtinguitur, ut factum inconſultum à conſulto & malitioſo. Genera culpæ tria in jure noſtro memorantur, lata, levis, leviſſima. Lata culpa eſt, non providere, curare, cavere,
2 quod omnes, qui modò ſenſu communi præditi ſunt, provident & intelligunt ſe curare debere, *l. cedere diem* 213. *§. ult. l. lata* 223. *de verb. ſign. l. quod Nerva* 32. *depoſ. l. pen. §.* 2. *de jur. & fact. ign.* Atque hæc plerumque [illegible] dicitur culpa dolo proxima, *l.* 8. *§.* 3. *de precar. l.* 8. *pr. de edend. l.* 1. *§.* 2. *ſi is qui teſt. lib.* Levis eſt omiſſio diligentiæ, quàm vulgò homines frugi in ſuis rebus adhibere ſolent, *l. heredes* 25. *§. non tantum* 16. *fam. erciſc. l.* 1. *de tut. & rat. diſtr. l.* 1. *§.* 4. *de obl. & act.* Leviſſima eſt omiſſio ejus diligentiæ, quam in ſuis rebus præſtare ſolet diligentiſſimus paterfamilia, & ferè per oppoſitum indicatur, cum diligentia præſtari dicitur ſimpliciter, *l.* 5. *§.* 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur.* quod loco magis opportuno latiùs explicabitur. Culpæ autem nomine non intelligit hic Imperator culpam latam, ſed leviorem: ſiquidem lata culpa, præterquàm in crimine corporalem pœnam ingerente, *l.* 7. *ad leg. Corn. de ſicar.* ſemper dolum interpretatione juris repræſentat, *leg. magna* 226. *de verb. ſignif. d. l. quod Nerva depoſ. l.* 1. *§.* 1. *ſi menſ. falſ. mod. l.* 8. *§.* 3. *de prec. l.* 1. *§. is quoque* 5. *de obl. & act.* etiam in famoſis, *l.* 11. *§. ult. de his qui notant. infam. leg. probrum* 42. *in fin. de verb. ſignif.* adeòque etiam in actione pœnali, *l.* 1. *§.* 2. *ſi is qui teſt. lib.* Unde etſi dolus tantùm præſtari dicitur, tamen ea appellatione etiam culpa lata intelligitur, *l. contractus* 23. *de reg. jur. l.* 5 *§.* 2. *commod. §. pen. infr. quib. mod. re cont. obl.* Nec movere debet, quòd verbum culpæ hic ſimpliciter & ſine diſtinctione dolo opponitur: quotieſcumque enim hoc fit, aut quoties culpæ verbum abſolutè ponitur, toties in uſu juris ſignificatur levis duntaxat, *d. l.* 5. *§.* 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 11. *de neg. geſt. l.* 5. *§.* 3. *de in lit. jur. l.* 1. *§. ſæpè* 35. *de poſ. cum ſimilib.* Fruſtra igitur objicitur, quòd in dubiis benigniora præferenda, *l. ſemper* 56. *de reg. jur.* quòd pœna legum interpretatione molliendæ, *l. pen. de pœn. odia reſtringenda, Cod. ordin. Pand. de reg. jur. in* 6. Nam cùm de ſententia auctorum juris quæritur, uſus præcipuè ſpectandus eſt, *l.* 7. *§.* 2. *de ſup. leg.* De uſu autem verbi hic quæritur, non de eo producendo per interpretationem. Quòd verò famæ & exiſtimationis periculum exæquant cum periculo vitæ, ineptum eſſe apparet ex *l. capitalium* 28. *de pœn.* Sanè cauſa famoſa aliquando confertur cum capitali, ut in *leg.* 9. *de man. vind. l.* 8. *§.* 2. *quod met. ca.* ſed ſatis conſtat id fieri reſpectu certæ alicujus rei in *d. l.* 9. intuitu cauſæ manumiſſionis apud conſilium allegandæ & probandæ, in *d. l.* 8. *§.* 2. ratione metus vel electionis: quòd huc non pertinet; non enim quid metuat aut eligat, ſed quid mereatur tutor, quærimus. Concludimus igitur, tutorem remotum infamem fieri, non ſolùm, ſi ob fraudem remotus ſit, quòd in tutela graſſatus fuerit, aut ſordidè egerit vel perniciosè pupillo, aut aliquid interceperit ex rebus pupillaribus, *l.* 3. *§. nunc videamus hoc tit.* verùm etiam ſi ob latam negligentiam, puta quòd in ſuis diligens, in rebus pupillaribus ſupinè & diſſolutè negligens ſit; quia talis negligentia propè fraudem accedit, *l.* 7. *§.* 1. *eod.* & interpretatione atque effectu juris dolus eſt, *d. l. quod*

Ner-

Nerva depoſ. l. magna 226. de verb. ſign. Eos autem, qui ob leviorem culpam, ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam removeneur, in ea cauſa eſſe, ut integra exiſtimatione tutela abeant, *d. l. 3. §. ultim. hoc tit.* quod & jam olim docuit Claud. Canticuncula contra pleroſque interpretes, qui negant, latam culpam infamare: quo in numero etiam ſunt Scheneid. & Vveſemb. Planè mitior hæc ſententia moribus noſtris accommodatior eſt, qui à veteris diſciplinæ ſeveritate multum deſcivimus: de quo quæritur D. Tulden. in *comm. hic cap. ult.* Illud conſtat, cauſam remotionis decreto exprimendam eſſe, ut appareat de exiſtimatione; nam ſi cauſam remotionis non ſignificaverit decreto ſuo prætor, fama remoti non læditur, *l. 4. §. 1. & 2. eod.*

TEXTUS,

De effectu accuſationis.

7. *Si quis autem ſuſpectus poſtulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei adminiſtratio, ut Papiniano viſum eſt.*

COMMENTARIUS.

PEndente cauſa cognitionis interdicitur tutori adminiſtratio, atque alius interea in locum ejus in adminiſtratione rerum ordinatur, *l. eum quem, C. hoc tit.* ipſaque adeò poſtulatione ſuſpecti etiam citra decretum id effici videtur, *l. quod ſi 14. §. in fin. de ſolut.* Et rectè: nam ut ſuſpectum non convictum in totum removere iniquum eſt, ita eum, qui in ſuſpicionem lite inſtituta vocatus eſt, perſeverare in adminiſtratione non expedit. Ajo, *lite inſtituta*; neque enim protinus allegata cauſa ſuſpicionis tutori interim auferenda adminiſtratio: ſed ita demum, ſi concurrant aliqua indicia, ſuper quibus tutor auditus ſit & litem conteſtatus, quod & DD. plerique tradiderunt, & probat *Anton. Fab. Cod. ſuo defin. 2. de ſuſp. tut.*

TEXTUS,

Quibus modis cognitio finitur.

8. *Sed ſi ſuſpecti cognitio ſuſcepta fuerit, poſteaque tutor vel curator deceſſerit, extinguitur ſuſpecti cognitio.*

NOTÆ.

8. *Extinguitur ſuſp. cogn.*] Sed & ſi alio modo tutela finita ſit, cognitio ſuſpecti ſolvitur, *l. pæn. D. eod. l. 1. C. eod.* ſi quid damni pupillus ſenſerit, id ſarciri poteſt actione tutelæ, *l. 4. D. de tut. & rat. diſt.*

COMMENTARIUS.

IN hac poſtulatione nihil petitur, quòd pupillo ex bonis tutoris adjudicetur, ſed hoc tantùm ut tutor removeatur à tutela: quo remoto ſi quid damni ex mala ejus adminiſtratione pupillus ſenſerit, id ſarciri poteſt actione tutelæ, cui ut locus fiat, actio ſuſpecti inſtituitur: quoniam durante tutela agi non poteſt, *l. 4. de tut. & rat. diſtr.* Quibus conſequens eſt, finita quomodocumque tutela ſolvi cognitionem ſuſpecti, quamvis pridem receptam, *l. pæn. C. hoc tit, l. 1. Cod. eod.* In quo item ſimilis hæc accuſatio videtur criminali, quæ ipſa cœpto licèt judicio regulariter morte rei extinguitur, *l. ult. ad leg. Iul. maj. l. 1. l. 2. C. ſi reus vel accuſ. mort.* Nam in cauſa civili, licèt pœna quoque petatur, actio judicio ſemel incluſa ſalva ſemper permanet, atque in ſolidum tranſit in hæredem, *l. omnes 26. de obl. & act. l. omnes 139. de reg. jur. §. 1. inſ. de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

Si tutor copiam ſui non faciat.

9. *Si quis tutor copiam ſui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epiſtola divorum Severi & Antonini, ut in poſſeſſionem bonorum ejus pupillus mittatur; & quæ mora deteriora futura ſunt, dato curatore diſtrahi jubentur. Ergo ſuſpectus removeri poterit, qui non præſtat alimenta.*

NOTÆ.

9. *Copiam ſui non faciat*] Latitans dolo abſens, non juſta de cauſa. *Ex l. 3. l. 7. §. 2. D. hoc titul.*

Quæ mora deteriora] Aliis creditoribus in poſſeſſionem miſſis nuda tantùm rerum debitoris cuſtodia conceditur, *leg. 12. D. quib. ex cap. in poſſ.*

Ergo ut ſuſpectus] Benè *ergo*: Nam ſi non poteſt removeri, non eſt cur pupillus mittatur in poſſeſſionem, aut bonis tutoris curator detur. Cujac.

COMMENTARIUS.

QUia alimenta pupillo non temerè decernenda ſunt, ſed cauſa cognita, quam rem prætor pro modo facultatum pupilli, quas tutor ex vero profiteri jubetur, moderari & expedire debet, *l. 3. quib. pup. educ.* ideò adversùs tutorem, qui ne alimenta pupillo decernantur, ſui copiam non facit, propria pœna conſtituta eſt, eadem nimirum, quæ adversùs debitores latitantes, ut pupillus rei ſervandæ

cau-

Digitized by Google

cauſa in poſſeſſionem bonorum tutoris mittatur, quomodò mitteretur creditor in poſſeſſionem bonorum debitoris, qui abſens non defenditur, ex edicto *quib. ex cauſ. in poſſ. bon. eat.* Quin & plus hic tribuitur pupillo, quàm aliis creditoribus: quippe quibus in poſſeſſionem miſſis nuda tantùm rerum debitoris cuſtodia & obſervatio interim conditur, *l. 12. quib. ex cauſ. in poſſ.* donec ob contumaciam perſeverantis, ſui copiam non facere, prætor de conſenſu creditorum, curatore conſtituto, bona diſtrahi permittat, *tot. tit. de cur. bon. dand.* Pupillo autem in poſſeſſionem miſſo, ſimul quæ mora deteriora futura ſunt ex bonis tutoris, dato curatore diſtrahi jubentur: atque, ut arbitror, ut ex pecunia ex earum rerum venditione redacta pupillo interim alimenta conſtituantur. Quòd ſi hoc remedio & edictis evocatus tutor vinci & adigi non poſſit, ut veniat, ſuique copiam faciat, cum non tantùm quaſi contumacem, ſed etiam ut ſuſpectum removeri eum oportet: quod tamen & perrarò & diligenti habita inquiſitione faciendum eſſe monet Ulpian. *l. 7. §. pen. & ult. hoc tit.* Atque hic quoque ſenſus eſt hujus loci, & *l. 3. §. tutor. 14. eod.*

TEXTUS.

Si neget, alimenta decerni poſſe, vel tutelam redemerit.

10. *Sed ſi quis præſens negat propter inopiam alimenta poſſe decerni, ſi hoc per mendacium dicat, remittendum eum eſſe ad præfectum urbi puniendum placuit: ſicut ille remittitur, qui data pecunia miniſterium tutelæ acquiſierit, vel redemerit.*

NOTÆ.

10. *Alimenta poſſe decerni*] A Prætore ſcilicet, cui jus alimentorum decernendorum pro modo facultatum pupilli competit, *l. 3. D. ubi pup. educ.*

Ad præfectum urbi] *l. 3. §. 15. D. hoc tit.* puniendum ſcil. extra ordinem & pœna corporali, εἰς τὸ σῶμα, quod eſt meri imperii; qualem poteſtatem prætor non habet, ſed præfectus urbi: unde & ad hunc remiſſio fit, ut & aliàs *l. 1. §. 7. D. de off. præf. urb. l. 9. D. de tutel.*

Data pecunia miniſterium tutelæ] Cujac. reſtituit, *Data pecunia miniſteriis, tutelam redemerit*, ex *d. l. 3. §. 15. miniſteriis*, id eſt, *officialibus & miniſtris prætoris.*

TEXTUS.

De liberto fraudulenter adminiſtrante.

11. *Libertus quoque ſi fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni geſſiſſe probetur, ad præfectum urbi remittitur puniendus.*

NOTÆ.

11 *Libertus quoque*] Ex Ulpiano *l. 2. D. hoc tit. l. 10. C. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

Diximus non multò ante, tutores pro qualitate facti vel ſimpliciter removeri, vel cum familia, nonnumquam etiam graviùs ſimul coerceri: quod fit in his delictis, ſi quis præſens negaverit, pupillo quaſi inopi alimenta decerni poſſe, & datis pupillo advocatis mendacii convincatur; ſi quis tutelam corruptis miniſteriis prætoris redemerit; ſi libertus fraudulenter tutelam filiorum patroni geſſerit: quæ tria his §§. proponuntur ex *l. 2. & l. 3. §. ſed ſi non 15. hoc tit.* Sunt autem plura, ut ſi quis pretio accepto operam dederit, ut non idoneus tutor pupillo daretur; ſi conſultò circa patrimonium edendum quantitatem minuerit; ſi evidenti fraude pupilli bona alienaſſe probetur, *l. 1. §. ſolent. de off. præf. urb. 9. de tutel.* Hos omnes traditum eſt ſeveriore animadverſione indigere, quàm ut ſufficiat eis ſuſpectorum infamia; ideòque ad præfectum urbi ſolitos remitti extra ordinem puniendos, *dd. loc.* & pœna ſcilicet corporali, nam multæ dicendæ jus etiam Prætori, cæteriſque qui juriſdictionem habent, competit, *l. 2. §. ultim. de judic. l. aliud eſt fraus 131. §. 1. de verb. ſign.* Graviorem autem omnem animadverſionem, ſive imperium, quod dicitur merum, præfectura urbis ſibi indicavit, *d. l. 1. de off. præf. urb.* Apud nos quemadmodum criminum judicia exerceantur, & puniantur extra ordinem, qui delinquunt, dicemus *ſub tit. ult. lib. 4.*

TEXTUS.

Si ſuſpectus ſatis offerat: & quis dicatur ſuſpectus.

12. *Noviſſimè autem ſciendum eſt, eos qui fraudulenter tutelam adminiſtrant, etiamſi ſatis offerant, removendos eſſe à tutela: quia ſatiſdatio tutoris propoſitum malevolum non mutat, ſed diutiùs graſſandi in re familiari facultatem præſtat. Suſpectum etiam eum putamus, qui moribus talis eſt, ut ſuſpectus ſit. Enimverò tutor vel curator, quamvis pauper ſit fidelis tamen & diligens, removendus non eſt quaſi ſuſpectus.*

NOTÆ.

12. *Etiamſi ſatis offerant*] Expedit enim pupillo rem ſuam ſalvam tenere, quàm habere cautionem, *l. 5. D. hoc tit.* fac. *l. ult. C. in quib. ca. in int. reſt.*

Diutius graſſandi] Ex Calliſtrato, *l. 5. D. hoc tit.*

Etiam eum] *l. 8. D. eod.* Ver. *ſuſpectum enim eum*. Th. γῥ. Suſpectum mores faciunt, non tenues facultates.

Quamvis pauper] Numquam paupertatis occaſione ſuſpectus poſtulari, aut ut ſuſpectus removeri debet vir alioqui fidelis & diligens, *l. 5. Cod. eod.* Sed poteſt curator ei adjungi, ſi ſubſtantia pupilli periclitetur, *l. 6. C. eod.* aut removeri ex eo capite quòd non ſatiſdet, *l. 2. Cod. de tut. qui ſat. non ded.*

COMMENTARIUS.

E*Tiamſi ſatis offerat*] De eo dictum ſub §. *ſuſpectus 5. ſup. eod.* Ut autem neque divitiæ neque ſatiſdatio tutorem à ſuſpicione liberant, ita nec ex adverſo eum onerat paupertas. Nam etſi pauperi, qui ſe imparem oneri impoſito docere poſſit, vacatio tribui ſolet, §. *ſed eſt propter paupertatem tit. praeced.* aut qui propter inopiam ſatiſdare non poteſt, removendus eſt, *l. 2. Cod. de tut. qui ſat. non ded.* numquam tamen paupertatis occaſione ſuſpectus poſtulari, eove nomine removeri debet vir alioqui fidelis & diligens. Ex moribus enim, non ex facultatibus ſuſpectum argui convenit, *l. 8. hoc titul. l. 5. Codic. eodem l. ſi creditores 31. §. 1. reb. auct. jud. poſſ.*

Finis Libri Primi.

ARNOL-

ARNOLDI VINNII, J. C.

IN LIBRUM SECUNDUM

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forenſis,

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS I.

DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO IPSARUM DOMINIO.

D. Lib. 1. Tit. 8. Cod. lib. 41. Tit. 1.

Ratio ordinis, & ſumma tractationis de jure rerum.

COGNITA hominum qualitate & differentia, expoſitoque eo jure, quod cuique conditione perſonæ ſuæ competit, quod ex tribus, circa quæ jus omne verſatur, primum eſt, tranſit Imperator ad alterum, atque hic proximum, res externas; ut quod lex methodi exigit, ex ordine ſingula explicet, quo ea propoſita ſunt, §. *ult. ſup. de jur. nat. gent.* Habet autem hic titulus duplicem inſcriptionem, *de rerum diviſione, & de acquirendo ipſarum dominio*. Nimirum quæ duobus diſtinctis titulis in Pand. tractata ſunt, ea in unum huc retulit Juſtinianus. Et quia in rebus tantùm cujuſque eſt, quantùm natura earum & conditio patitur, primò variè eas dividit, ut differentia earum cognita, jus quod in iis habemus, (quæ conſideratione rerum tractatio propria eſt Juriſconſulti) meliùs intelligatur. Denique proponit & perſequitur modos, quibus res, quæ ſingulis acquiri poſſunt, ſingulis acquirantur, initio facto à rebus dominii noſtri aut ſimilis in rem juris. Poſtremò tractat de obligationibus, idque demum *tit. 14. lib. 3.*

TEXTUS.

Continuatio & duplex rerum diviſio.

Superiore libro de jure perſonarum expoſuimus, modo videamus de rebus, quæ vel in noſtro patrimonio, vel extra patrimonium noſtrum habentur. Quædam enim naturali jure communia ſunt omnium, quædam publica, quædam univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum, quæ ex variis cauſis cuique acquiruntur, ſicut ex ſubjectis apparebit.

Digitized by Google

Notæ.

In patrimonio] id eſt, *in bonis*. In bonis autem noſtris non tantùm ſunt res corporales, verùm etiã incorporales, & jura, *l. 4. 49. de verb. ſign. l. 52. de acq. rer. dom.* Igitur ſervitutes, *l. 5. §. 9. D. de op. nov. nunc. tit. ſi uſ. pet. & ſi ſerv. vind. & de itin. act. priv. l. 3. & 4. quæ in fraud. cred.* Nec obſt. *l. 1. de uſuf. leg.* quia ibi Paul. non diſputat de jure aliquo conſtituto, ſed demum conſtituendo: quod ait in bonis non eſſe, quia dominus hujuſmodi jus formale non habet: nec tamen extra bona, quia habet ſaltem cauſativè, ut loquuntur.

Quædam naturali] Ex Marc. *l. 2. D. hoc tit. de rer. div.* Non eſt nova hæc diviſio, ſed prioris explicatio. Sunt, quibus magis placet diviſio Caji, *l. 1. eod.*

Quædam nullius] Intelligit res divini juris, quibus per excellentiam hoc tribuitur, ut dicantur nullius eſſe.

Pleraque ſingulorum] Nimirum res omnes, quæ in dominio noſtro ſunt, aut quaſi dominio, aliaque in rem vel ad rem jura.

Commentarius.

1 *An detur tertium genus rerum, quæ neque in bonis noſtris, neque extra bona ſint.*

De *rebus*] Quid rei apellatione, quæ alioqui generalis eſt, hic ſignificetur, docet nos objectorum juris diſtinctio: nempe quicquid eſt extra perſonam & actiones, quod hominis uſui aut commodo eſſe poſſit, ſive id divini juris ſit, ſive humani, ſive publici, ſive privati, ſive corporale, ſive incorporale, ſive dominium, aut jus aliquod in rem à dominio diverſum aut ſeparatum ſive obligatio: nam & ea, ut res in bonis noſtris, huc pertinet, quod pluribus oſtendemus *ſub tit. de oblig. lib. 3.*

Vel in noſtro patrimonio, vel extra] Patrimonii nomine propriè ſignificari videtur ea pecunia, quam liberi ex hæreditate paterna accipiunt: cæterum conſuetudine loquendi obtinuit, ut eo verbo intelligantur omnia, quæ quiſque paterfamilia habet. Igitur in patrimonio eſſe, & in bonis eſſe, idem valent. Sunt, quibus hæc diviſio manca videtur, quaſi cõſtitui debeat & tertium genus rerum, quæ neque in bonis noſtris, neque extra bona ſint; cujus generis res auctore Paulo *l. 1. de uſufr. leg.* ſint ſervitutes. Quo quidem ego numquam quicquam audivi ſubtilius. Non erit in bonis noſtris ea res, quæ bona noſtra & patrimonium auget, *l. 5. §. 9. de op. nov. nunc.* quę pro debito pignori mihi obligata eſt, juxta *l. 12. de pign.* quæ domino prædii dominantis magni ſæpe conſtitit, & quam prædii ſervientis dominus magno velit redimere? cujus denique perſequendæ & tuendæ cauſa actio aliaque remedia jure prodita ſunt? *l. rem in bonis 52. de aq. rer. dom. l. bonorũ 49. de verb. ſign. junct. §. 2. inſ. de act. leg. 6. §. 2. & ult. ſi ſerv. vind. d. l. 5. §. 9. de op. nov. nunt. tit. de itin. act. priv. & acq. quot. & eſt.* Cur igitur actione Pauliana revocantur ſervitutes per fraudem non utendo amiſſæ, *l. 3. & 4. quæ in fraud. cred.* cùm id edictum ad eos tantùm pertineat, qui patrimonium ſuum in fraudem creditorum diminuunt? *leg. 6. eod.* Aut cur magis res cæteras incorporales in bonis eſſe dicimus, quàm ſervitutes? Veterum ſanè nemo eſt, cui hoc in mentem venerit, ut diceret, ſervitutem alicui conſtitutam & quæſitam non eſſe in bonis ejus, cui conſtituta & quæſita ſit: neque etiam Paulo, qui in *d. l. 1.* non diſputat de jure aliquo alicui conſtituto, ſed demum conſtituendo: cujus tamen diſputatio poſita eſt in mera ſubtilitate. Legavit aliquis uſum aut uſumfructum itineris per fundum ſuum. Negat Paulus id legatum ſubſiſtere: quia ratio juris non patitur, ut ſervitus ſervitutis conſtituatur: nec eſſe utile ex Senatuſconſulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis ſint, uſusfructus legari poſſit: quia id jus, cujus uſus legatus proponitur, in bonis teſtatoris non fuerit, hoc eſt, quia teſtator id jus formaliter & ſeparatum non habuerit: nam utique, ut dominus, jus habebat eundi in ſuo, poteratque id jus à dominio ſeparare, alterique ſub alia qualitate concedere, alium denique eo jure, ſervitute non conſtituta, uti volentem prohibere: unde fortaſſis addidit, nec eſſe extra bona. Tantùm quia dominus, ut dixi, hujuſmodi jus formale non habet, hoc eſt, ſeparatum à jure dominico titulo ſervitutis, cùm nemini res ſua ſerviat, *l. 5. ſi uſufr. pet.* uſus autem itineris, tanquam juris ſeparati & formalis, legatus proponitur, negat, legatum eſſe uſum rei, quæ erat in bonis teſtatoris: quippe quæ nec erat quidem eo, quo dixi, modo, ſed cauſativè tantùm. Eſſe autem hanc diſputationem de apicibus juris, Paulus ipſe fatetur, cum legatum aut hujuſmodi uſus conſtitutionem admittendam cenſet beneficio cautionis à legatario præſtandæ de reſtituenda poſt mortem ſuam aut capitis deminutionem ſervitute.

Quædam enim naturali jure communia] Non eſt nova hæc diviſio, ſed prioris illius explicatio: quæ eò pertinet, ut intelligamus ea, quæ ſingulorum ſunt, in patrimonio haberi; quæ communia, publica, univerſitatis, & maximè quæ divini juris ſunt, extra patrimonium eſſe. Aptior ad docendum nonnullis videtur diviſio Caji *l. 1. hoc tit.* qui ſic diſtinguit, ut dicat, rerum alias eſſe divini juris, alias humani. Divini juris quæ ſunt, nullius in bonis eſſe, veluti res ſacras, religioſas, ſanctas. Res humani juris, aut publicas eſſe, quæ & ipſæ nullius in bonis ſunt: aut privatas, quæ ſingulorum; una generali appellatione rerum publicarum complectens, quæ hic in communes, publicas, & univerſitatis diſtinguuntur. Huic autem diviſioni mox aliam ſubjicit, quòd quædam res corporales ſint, quædam incorporales; quæ à Juſtiniano demum traditur atque exponitur *tit. ſeq.* Apud Marcianum *l. 2. hoc tit.* diviſio propoſita uno membro mutilata traditur, ut liquet ex *l. 4. & 5. eod.*

Ple.

Pleraque ſingulorum] Hæc ſunt, quæ privata dicuntur, nimirum res omnes, quæ vel in dominio noſtro ſunt, aut quaſi dominio, aliaque in rem jura à dominio ſeparata, vel quæ adhuc nobis præſtanda ſunt ex obligatione, Unde non malè nonnulli totius hujus argumenti tractationem ad duo potiſſimùm capita referunt, quorum unum eſt de dominio, alterum de obligatione: dominii appellatione jus omne, quod in rem habemus, complectentes.

Textus.

De Aere, aqua profluente, mari, littore, &c.

1. *Et quidem naturali jure communia ſunt omnium hæc, aer, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur: dum tamen à villis, & monumentis, & ædificiis abſtineat: quia non ſunt juris gentium, ſicut eſt mare.*

Notæ.

1. *Naturali jure communia*] Vocabulo generali hæc etiam publica dicuntur, definiunturque à Nerat. *l.* 14. *de acq. rer. dom.* quæ à natura ad omnium uſum prodita in nullius adhuc dominium pervenerunt. Sumpta hæc *ex l.* 2. *§.* 1. *& l.* 4. *D. eod.*

Aer, aqua profluens, &c.] Aer & mare jure gentium diviſa non ſunt, ſed relicta in ſuo jure & eſſe primævo, Jo. Fab. Imò nec dividi potuerunt, Grot. *de mar. lib. c.* 5.

Aqua profluens] Aqua jugis, aqua fluminea, quæ ad lavandum, & potandum unicuique jure naturali conceſſa. Ovid. 6. Met. *Quid prohibetis aquas? uſus communis aquarum eſt.*

Littora maris] Sicut maris uſus omnibus patet, *l.* 13. *D. comm. præd.* ita propter mare & littorum maris, *l.* 4. *&* 5. *§. h. t.*

Dum tamen à vilis] Quia ſunt ſingulorum, qui ædificando occuparunt, *d. l.* 4. *& l.* 6. *h. t. l.* 14. *de acq. rer. dom. l.* 4. *ne quid in loc. publ.*

Commentarius.

1 *Rerum communium uſum omnibus competere, barbarumque ſemper habitum, quemquam mortalium eo uſu prohibere.*
2 *Multum haſce res differre ab iis, quæ nullius ſunt, communi uſus non attributæ.*
3 *Quatenus quid harum rerum occupari poſſit: tum quantum hæc occupatio occupanti tribuat.*
4 *De dominio maris, quod nunc ſibi plerique ad aliquod ſpatium, & per vicinos ſinus vindicant remiſſivè.*
5 *Qui vectigal navigantibus jure imponant.*
Vinnius in Inſtitut.

Quæ humani juris ſunt, non privata aut ſingulorum propria, ea aut ſunt omnium hominum communia; aut alicujus gentis ſive populi, quæ in ſpecie publica; aut certæ alicujus civitatis vel corporis, quæ dicũtur univerſitatis. Communia ſunt, quæ à natura ad omnium uſum prodita in nullius adhuc ditionem, aut dominium pervenerunt: ita generali vocabulo definiũtur à Neratio *l.* 14. *hoc tit. de acq. rer. dom.* Huc pertinet præcipuè aer & mare: quæ cum propter immenſitatem, tum propter uſum, quem in commune omnibus debent, jure gentium diviſa nõ ſunt, ſed relicta in ſuo jure & eſſe primævo, ut ait Jo. Faber. adeòque nec dividi potuerunt. Atq; hoc eſt quod DD. noſtri ajũt, aerem & mare, cùm ſint incomprehenſibilia, nullius populi bonis potuiſſe applicari, *Io. Fab. §. littorum inf. eod. Grot. de mar. lib. c.* 5. Item aqua profluens, hoc eſt, aqua jugis, quæ vel ab imbribus collecta, vel è venis terræ ſcaturiens perpetuum fluxum agit, flumenque aut rivum perennem facit. Poſtremò propter mare etiam littora maris, *l.* 1. *§* 1. *l.* 4. *hoc tit.* In hiſce rebus duo ſunt, quæ jure naturali omnibus competunt. Primum communis omnium eſt harum rerũ uſus, ad quem natura cõparatæ ſunt; tum ſi quid earum rerum per naturam occupari poteſt, id eatenus occupantis ſit, quatenus ea occupatione uſus ille promiſcuus non læditur. De uſu aeris conſtat, quippè ſine quo ne vivere quidem aut reſpirare quiſquam poteſt. Aqua profluens ad lavandum, & potandum unicuique jure naturali conceſſa. Maris uſus jure gentium liber eſt, atque ad navigandum, & piſcandum ex æquo omnibus patet, *l.* 3. *§.* 1. *ne quid in loc. pub.* unde ſi quis prohibeatur in mari piſcari aut navigare, injuriarum actione prohibentem convenire poteſt, *l. t. §. ſi quis d. tit. l.* 13. *§. ult. de injur.* Maris naturam littora ſequuntur: ac proindè ad littus maris cuivis accedere licet, navè eò appellere ac reficere, ejecta in tempeſtate naufragiove amiſſa ibi excipere, retia ſiccare, & caſam, in quam tantiſper ſe recipiat, ponere, *l.* 4. *hoc tit. l. littera* 51. *de contr. empt. l. t. C. de naufr. lib.* 11. Dum tamen à villis, ædificiis & monumentis in littore extructis abſtineat: quia non ſunt juris gentium, *d. l.* 3. *hoc tit.* Eſt verò harum rerum uſus adeò liber & promiſcuus, ut barbarum ſemper atque immane habitum ſit, vel exteras gentes ab eo arcere. Quamobrem meritò de Pœnorum injuria ſic queritur Orator Illioneus apud Virgilium *l.* 1. *divini operis*.

Quod genus hoc hominum, quæve hæc tam barbara morem
Permittis patria? Hoſpitio prohibemur arenæ,
Bella cient, primaque vetant conſiſtere terra.

Idemque apud eumdem *lib.* 7. his vocibus affatur regem Latinum:

Littuſque rogamus
Innocuum, & cunctis undamque auramque patentem.

Denique Latona apud Naſonem 6. *metam.* ſic alloquitur pueros Lyceos:

Quid prohibetis aquas? uſus communis aquarũ eſt.

Nec ſolem proprium natura, nec aera fecit,
Nec tenues undas; ad publica munera veni.

Dicit, hæc non eſſe natura propria; ſicut Ulpian. *l. 13. comm. præd.* natura omnibus patere, quia à natura ad communem uſum genita ſunt, nec in ullius adhuc dominium pervenerunt, *Cicer. 1. de Offic. Nerat. l. 14. hoc tit.* Hæc igitur ſunt illa, quæ veteres vocant communia omnium jure natura-
2 li, aut quod idem eſt, publica juris gentium, ſicut & uſum eorum modò communem, modò publicum vocant, *l. pen. hoc tit. l. 3. §. 1. l. 4. ne quid in loc. pub. §. littorum inſ. hoc tit. cum ſimilib.* Quamquàm verò etiam ea nullius eſſe, quod ad proprietatem attinet, rectè dicimus, multum tamen differunt ab his, quæ nullius ſunt, communi uſui non attributa, ut feræ, piſces, aves: nam iſta ſi quis occupet, in jus proprium tranſire poſſunt; illa verò totius humanitatis conſenſu proprietati in perpetuum excepta ſunt propter uſum, qui cùm ſit omnium, non magis omnibus ab uno eripi poteſt, quàm à te mihi quod meum eſt. Et hoc eſt, quod Cicero dicit, inter prima eſſe juſtitiæ munera, rebus communibus pro communibus uti. Scholaſtici dicerent, alia poſitivè eſſe communia, alia negativè, *Thom. 1. 2. q. 94. art. 5. Cajetan. tract. 17. quæſt. cap. 12. Covar. in cap. peccatum, de reg. jur. in 6. part. 2. §. 8.* Intellexit hoc convivator apud Athenæum, cùm mare commune eſſe dicit, piſces autem capientium fieri. Et in Plautina Rudente ſervo dicenti, *Mare quidem commune certò eſt omnibus*, aſſentit piſcator: addenti verò, *In mari inventum eſt, commune eſt*, rectè occurrit. *Meum quod rete atque hami nacti ſunt, meum potiſſimum eſt.* Cæterum illa hic addenda interpretatio eſt, ut ſi quid harum rerum natura occupari poſſit, id eatenus occupàntis fiat, quatenus ea occupatione uſus publicus ſive communis non impeditur. Quod meritò receptum eſt: nam cùm ita ſe res habet, ceſſat exceptio, per quam fit, ut in jus proprium non tranſeant. Aer occupari non poteſt, niſi ſimul terra occupetur: ſed neque mare, niſi forte exigua ſui portione, quæ in fundum privatum admittitur; quomodò accipienda, *l. 14. de injur.* aut ædificando jactis in id pilis aut molibus; quod cum fit, locus, & ædificium ejus fiunt, qui ædificavit, *l. 2. §. adverſus 8. l. 3. §. 1. ne quid in loc. pub. l. ergo 30. §. ult. hoc tit.* In littore vacuum quiſque locum occupare per naturam poteſt, eumque occupando etiam ſuum facit, ut & id, quod in eo extruxerit, *l. 6. pr. hoc tit. de rer. div. l. 14. l. quamvis 50. eod. de acq. rer. dom. l. 1. § quod ſi de op. nov. nunc.* Etenim qui locus ita in mari aut littore occupatur, non ſimpliciter & abſolutè occupantis fit: ſed duntaxat interea dum occupat, dum ædificium manet: nam ædificio ſublato locus in priſtinam cauſam quaſi jure poſt-
3 liminii revertitur, *d. l. 6. & d. l. 14. §. 1. l. præſcriptio 45. de uſuc.* Sed neque ſimpliciter hæc occupatio & ædificatio conceſſa; verùm, quod exigebat ipſa ratio juris gentium, cum hac conditione, ſi per eam publicus littoris aut maris uſus non fiat deterior, *d. l. 2. §. adverſus. l. 3. l. 4. ne quid in loc. publ.* Neque jus gentium violari exiſtimo, ſi hinc arceantur peregrini in littoribus, quæ populus aliquis imperio ſibi vindicat. Natura enim non ad hoc propriè littora produxit, ut cuilibet ſemper & promiſcuè jus eſſet partem eorum occupare: ſed ut neceſſario maris uſui inſervirent, qui eſt navigio; idque ſignificari opinor verbis *& per hæc*, quæ non fruſtra hic expreſſa ſunt, & in *l. 2. §. 1. hoc titul.* ideòque etſi hic uſus jure gentium ſemper communis manet & indiviſus, ſicut ipſius maris: jus tamen, quod dixi, in littore ædificandi diviſum jure gentium intelligi debet, quatenus littora imperio diviſa & publica facta ſunt alicujus populi, *arg. d. l. 3. ne quid in loc. pub.* Ita fermè Baro ad hunc §. & *d. leg. 2. Don. 4. comm. 2. & 9. Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap. 3. num. 9.* Idem fusè & eleganter *cap. 5. mar. lib. add. Ant. Fabr. in* 4
ration. ad leg. 9. de leg. Rhod. Hodie Veneti maris Adriatici, Baltici rex Daniæ, magnæ Britanniæ rex maris circumflui dominium ſibi vendicant. Cæterum hoc latè plerique damnant, imperium quidem in maris partem ſinuſve vicinos uſurpare poſſe concedentes, ſed ſine jure proprietatis aut dominii; tum quia natura mare commune eſſe jubet, non permittit tantùm; tum quia ne dominii quidem capax eſt, reſiſtens occupationi & poſſeſſioni, unde dominia rerum cœperunt, *l. 1. §. 1. de acq. poſſ. D. Grot. d. cap. 5. mari. lib. & d. c. 3. n. 13. de jur. bell. M. Amon. Peregrin. 8. de jur. fiſc. n. 10. Alb. Gentil. de acq. mar. D. Tul. hic c. 7.* Exiſtimat tamen idem Grotius, *d. c. 3. num. 10.* non obſtare jus naturæ, quò minùs portio maris incluſa littoribus, ejus populi propria fiat, cujus ſunt littora, dum ea pars maris ad territorium comparati non major ſit, quàm diverticulum maris comparatum ad magnitudinem fundi privati. Nuper verò Joannes Seldenus, vir ſanè non vulgari eruditione præditus, tractatum edidit inſcriptum *Mare clauſum*, ſive *De Dominio maris*, in quo ſumma ope oſtendere conatur, mare ex jure naturæ ſeu gentium, omnium hominum non eſſe commune, ſed pariter dominii privati ſeu proprietatis eſſe capax, ac tellurem: cui paradoxo occurri poterit ex Grot. *d. c. 6. mar. lib. & 2. de jur. bell. cap. 2. num. 3.* Illud conſtat, non facere contra jus naturæ aut gentium, qui recepto in ſe onere tuendæ
navigationis adverſùs piraticas excurſiones, ju- 5
vandæque per ignes nocturnos & brevium ſigna, vectigal æquum impoſuerit: quale fuit Romanum vectigal Erythræum, de quo Strabo *lib. 17.* & quod in ponto Byzantini exigebant διαγωγιον, quodque jam olim Athenienſes exegerant in ponto eodem memorante utrumque Polybio, *Grot. d. cap. 3. num. 14. add. Capoll. de ſerv. præd. ruſt. cap. 26.*

Digitized by Google

Textus.

De fluminibus & portubus.

2. *Flumina autem omnia, & portus publica ſunt: ideoque jus piſcandi omnibus commune eſt in portu fluminibuſque.*

Commentarius.

1 *Quo ſenſu dicatur jus piſcandi in flumine omnibus commune.*
2 *Non idem eſſe aquam profluentem, quod flumen.*
3 *Quo jure hodie flumina & portus, itemque piſcatio, cenſeantur.*

Secundum genus rerum, quę privati juris non ſunt, publicæ in ſpecie dicuntur: quæ quamvis & ipſæ in nullius dominium pervenerunt, imperio tamē diviſæ ſunt, & ditione ac poteſtate factæ alicujus populi. Ajo, *ditione ac poteſtate*. nam quæ populi ſunt patrimonio, ut metalla, ſalinæ, ſilvæ, agri vectigales, &c. ea quidem etiam publica dicuntur, propter perſonam poſſidentis, *l. 17. de verb. ſign. l. 14. hoc tit. de acq. rer. dom.* ſed quia uſu & jure, quo habentur, privata ſunt, *ll. 2. §. hoc interdictum 4. ne quid in loc. publ.* ad inſtitutam diſputationem non pertinent. Hujus generis ſunt flumina, portus, alveus fluminis, quamdiu à flumine occupatur, & ex parte ripæ.

Flumina omnia] Scilicet perennia; nam torrentia, quæ hieme tantùm fluunt, æſtate ſolibus exſiccantur, publica non ſunt, *l. 1. §. 3. de flum.* ac ne flumina quidem propriè, ut rectè *Don. 4. com. 3* contra *Hotom. 8. obſ. 4.* Marcianus *l. 4. hoc tit.* cautè addidit voculam *penè*; nempe *διὰ τὰς ἐπιῤῥεύσεις*. Et quidem quæ flumina per eamdem regionem tantùm labuntur, unde originem ducunt; tota ſunt illius regionis: quæ verò diverſa imperia alluunt, per partes earum gentium ſunt, per quarum ditiones profluunt in mare.

Et portus] Portus eſt locus in mari aut flumine concluſus ac munitus, quò importantur, & unde exportantur merces: qua appellatione tamen continetur & ſtatio, quæ eſt locus accomodatus ad naves recipiendas, ut tutò illic ſtare poſſint adversùs injuriam prædonum ac tempeſtatum, *l. portus 59. de verb. ſign. l. 1. §. ſtationem de flum.* noſtratibus *een Ree.* Veteribus propriè portus inſulam notat, ſive ædificium legitimo ſpatio atque ambitu à contignis diviſum, mercium impendendarum & conſervandarum cauſa; & per ſynecdochen quamvis inſulam ſive domum, quæ proprio ambitu conſtat: ut in illo duodecim; *Cui teſtimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito*, vid. Feſtum in Feſtibus *portus & inſula. Cujac. Brechæ Goed. ad d. l. portus.*

Jus piſcandi omnibus commune] Uſus fluminis publicus eſt jure gentium, *§. riparum inſ. eod. l. 4. eod.* ac proindè unicuique licet in flumine publico navigare & piſcari, *l. 1. ne in flum. publ.* Idem
1 uſus eſt & portuum, ut hoc loco & *d. leg. 4.* Ait, *omnibus commune eſt*, nempè omnibus iis, qui ſunt ex populo, cujus fines flumen alluit, & quatenus alluit: ut in hoc diſtet hic uſus ab earum rerum uſu, quæ omnium hominum communes ſunt: id quod ex præcedentibus ſatis colligi poteſt: neque eſt quiſquam, qui dubitet, quin uſu navigandi aut piſcandi in flumine exteri prohiberi poſſint. Notandum autem eſt diſcrimen flumi- 2
nis & aquæ fluentis, unde uſus utriuſque naſcitur diverſitas. Flumen eſt totum quid, unumque & idem corpus, quod mille abhinc annis fuit, *arg. l. proponebatur 76. de judici.* denique Imperio eorum eſt, quorum finibus continetur. At aqua fluminis numero eadem non eſt, ſed alia atque alia: & cùm in perpetuo curſu ſit, non magis loco contineri, aut cujuſquam poteſtati ſubjici poteſt, quàm aer & mare, quàmdiu de medio curſu nihil de ea ſumpſeris. Hinc de uſu judicandum. Flumine integro utimur ad navigandum, & piſcandum; qui uſus jure gentium diviſus eſt, quatenus flumina ipſa Imperio diviſa ſunt: ac proindè non communis eſt omnium hominum, ſed publicus eorum dumtaxat, quorum finibus continetur. Aqua verò fluminis utimur ad lavandum, potandum, aquanda pecora: qui uſus communis eſt jure naturali omnibus conceſſus, *add. Io. Fab. Baron. ad hunc loc. Don. 4. comm. 3.* De jure ædificandi in portu aut flumine nulla hic mentio. Et in portu quidem vix eſt, ut ſine incommodo navigantium ædificari poſſit. In flumine autem publicè cuilibet licet ædificare & deſtruere: dummodo tamen hoc ſine incommodo cujuſquam fiat, *l. fluminum 24. de damn. inf. l. 2. §. non autem 12. & §. deinde 19. de flum.* Quo argumento adducor, ut credam etiam, ædificatum fieri ædificantis, perindè ut ædificata in littore aut vicino littoribus mari
ædificantium fiunt. Cæterum quia hoc jure jam 3
non ampliùs utimur, non eſt operæ pretium pluribus de his diſputare. Etenim flumina omnia navigabilia, & ex quibus fiunt navigabilia, jam pridem à Frederico Imp. inter regalia relata ſunt, *cap. unic. quæ ſunt regal. in uſib. Feud.* eorumque proprietas facta Principis vel populi, cujus ditione continentur, Bart. Jaſ. & alii in *l. quominus de flum.* quod tamen non obſtat, quominùs uſus fluminis adhuc publicus manſerit: nam & riparum, quarum proprietas privata eſt, uſum eſſe publicum conſtat. Cæterum conſuetudine locorum ferè jam obtinuit, ut nemini liceat in flumine piſcari, niſi qui jus illud vel emerit, vel conduxerit, vel alio titulo à Principe acceperit, *vide Cæpoll. de ſerv. ruſt. præd. cap. 42. Schneid. hic.* In hiſce regionibus flumina omnia, quatenus finibus noſtris continentur, lacus item, aliæque aquæ navigabiles, eorumque omnium alvei, hoc eſt, ſpatia, per quæ fluunt, aut quæ occupant, ripæ quoque, quatenus majore parte anni aquis teguntur, populi eſt. Ac proindè Hollandi & Vveſtfriſii jus habent pro cuſtodia fluminū vectigalia ac tributa imperandi; quippe uſu eorum etiam exteris conceſſo. Jus piſcandi quoque initio penes populum fuit, inde ad Principes translatum: ut nemo jam id juris habeat, niſi conceſſu Princi-

pis, & certis limitibus ac legibus circumſcriptum. Planè in Vvaterlandia & quibuſdam fluentis Kennemerlandiæ piſcatio ſemper libera fuit: & ſingulis civibus etiamnum jus eſt in flumine aut lacu navigabili hamo piſcari. *Grot. lib. 2. manud. cap. 1. & 4. Groenem. de ll. abrog. hic & ibi alleg.*

TEXTUS.

Definitio littoris.

3. *Eſt autem littus maris, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.*

NOTÆ.

3. *Eſt autem littus maris*] *Qua fluctus eludit.* Definitio κατὰ μεταφορὰν.

COMMENTARIUS.

HOc §. 2. *& ſeqq.* quædam diligentiùs explicat, quorum uſus vel communis eſt, vel publicus. Atque ut intelligamus, quatenus littore uti omnibus liceat, quid ſit littus, primò definiendum putavit. Ait, littus eſſe, *quatenus hibernus fluctus maximus excurrit*, quomodò & Celſ. definit, *l. littus 96.* Javolen. *l. 112. de verb. ſign.* & jam olim ante eos definiverat Aquilius, teſte *Cic. in Top.* quam definitionem & ipſe Cicero poſt aliquando fortaſſis arbiter ſumptus ſecutus eſt: non enim primus hoc conſtituit, ut pleroſque crediđiſſe Celſus refert. Ait *hibernus*; quia hieme maximè mare exæſtuat: igitur littus eſt, quatenus fluctus maris eludit; atque hoc commune eſt omnium, ſicut & mare: ſiccum verò littus ſive ora terræ, quæ æſtuum marinorum acceſſu non occupatur, populi regionis eſt.

TEXTUS.

De uſu & proprietate riparum.

4. *Riparum quoque uſus publicus eſt jure gentium, ſicut ipſius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum eſt, ſicut per ipſum flumen navigare: ſed proprietas earum illorum eſt, quorum prædiis hærent: qua de cauſa arbores quoque in eiſdem natæ eorumdem ſunt.*

NOTÆ.

4 *Riparum uſus*] Ex Cajo *leg. 5. hoc tit.* Eſt autem ripa, id quod flumen continet, naturalem curſus ſui rigorem tenens, *l. 1. §. 5. l. 3. §. 1. D. de flum.*

Quorum prædiis hærent] *d. leg. 5. l. 15. l. 30. §. 1. eodem de acqu. rer. dom.* Quapropter quod Paul. ait, *l. 3. de flum.* ripas fluminum publicas eſſe, non de proprietate, ſed uſu accipiendum eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Non ut littora maris, ita ripas conditionem fluminis ſequi*

RIpa eſt id, quod flumen continet, naturalem curſus ſui rigorem tenens: ita definitur ab Ulp. *l. 1. §. ripa de flum.* Ait, *curſum naturalem*, ne quis putet, ſi quando flumen imbribus vel nivibus auctum excreverit, ripas idcircò mutare. Paulus ait, ripam eſſe, quæ pleniſſimum flumen continet, *leg. 3. §. 1. d. tit.* ut ſignificet, partem ripæ non eſſe ſpatium illud ripæ proximum, quod aliquando flumine caloribus minuto æſtivo tempore non occupatur. Apparet autem ex ſequentibus, ripam non tam anguſtè, ut nonnulli faciunt, accipiendam eſſe pro crepidine aut labro amnis, ſive pro ſola extremitate alvei & terræ, quæ flumen continet, cujus extremitatis vix eſt ut ullus ſit uſus: ſed aliquantò laxiùs pro ſpatio inter flumen & vicina prædia interjecto, ut ripa incipere intelligatur, ex quo à plano ad flumen vergit, *d. de l. §. 1. de flum.* quod & Pacius obſervavit in analyſi ſua.

Uſus publicus eſt jure gentium] Uſus riparum ita publicus eſt, ut fluminis: quinimò ripæ uſus nihil aliud eſt, quàm ipſius fluminis, cùm per ripam flumine utamur. Ideòque quæcumque ſunt interdicta ad tuendum uſum publicum fluminis, eadem ſunt & conjunctim ad tuendum uſum riparum, *l. 1. & paſſim tit. de flum. & tit. ne quid flum. publ.* Ait, *jure gentium*, quaſi dicat, hunc uſum atque hanc ſervitutem ripis à natura impoſitam eſſe, ut omnibus, quibus flumine uti jure gentium licet, etiam ripis ad eum uſum uti liceat, cùm nec flumine aliter uti commodè poſſint.

Proprietas illorum eſt, quorum prædiis hærent] Hoc etiam diſertè ait Gajus *l. 5. hoc tit.* itemque Pomponius ex ſententia Celſi; *l. ergo, §. 1. de acq. rer. dom.* Unde Neratius ſcribit, eum, qui in ripa fluminis ædificat, ſuum non facere, *l. 15. eod.* Quapropter quod Paulus ait, ripas fluminum publicas eſſe, *l. 3. de flum.* de uſu, non de proprietate accipi debet. Nec enim audiendus eſt D. Horom. qui Paulum à cæteris, & rectè, diſſenſiſſe putat. Nam quod ait, eodem jure partes fluminis ſingulas cenſeri debere, quo totum flumen, quod ita publicum eſſe conſtat, ut nec proprietate cujuſcumquam ſit, error eſt περὶ τὴν ἄγνοιαν τοῦ ἐλέγχου; ſiquidem ripa pars fluminis non eſt, non magis quàm continens contenti. Neque verò idem eſt ripa in flumine, quod littus in mari. Ripa flumini non ſubjicitur, ut littora ſubjiciuntur mari, & quotidianis acceſſibus ab eo occupantur. At inquit, cujus juris eſt alveus, ejuſdem & ripas eſſe neceſſe eſt: certum autem eſt alveum proprietate nullius eſſe, *l. 1. §. ſimili modo 7. de flum. l. 7. §. quod ſi 3. de acq. rer. dom.* At inquâ, ut diverſa ſit alvei & riparum conditio, flumen facit, quod alveum occupat, ripas non item. Qui quod nec alveus ſimpliciter publicus eſt, ne tunc quidem

dem

Digitized by Google

dem, cùm adhuc à flumine tenetur; ſed quatenus flumen non obſtat, adhuc pars cenſetur vicinorum agrorum: alioqui quo jure inſula manente adhuc alveo in flumine nata vicinorum fieret? quod utique & ripæ proprietatem arguit vicinorum eſſe: qua de re ampliùs ſub §. *inſula* 22. *& ſeq. inf. eod.* Rectè igitur Græci, *Baſil.* 4.6. *tit.* 3. τῆς ὄχθης τῆς ἐν τοῖς ποταμοῖς ὁ λόγος διαφέρει, ἀλλὰ ἡ χρῆσις publica ἐστὶν &c.

TEXTUS.

De uſu & proprietate littorum.

5. *Littorum quoque uſus publicus eſt & juris gentium, ſicut & ipſius maris: & ob id cuilibet liberum eſt, caſam ibi ponere, in quam ſe recipiat, ſicut retia ſiccare, & ex mari deducere. Proprietas autem eorum poteſt intelligi nullius eſſe; ſed ejuſdem juris eſſe, cujus & mare, & quæ ſubjacet mari, terra vel arena.*

NOTÆ.

5. ***Littorum quoque uſus***] *l.* 4. *l.* 5. §. 1. *l.* 6. *h. t.* atque omnibus patet, ſicut & maris, Virg. 7. Æneid. *Littuſque rogamus Innocuum*, & 1. *Hoſpitio prohibemur arenæ*, ubi Serv.

Proprietas eorum nullius] A populo tamen aliquo occupata, illius populi eſſe videntur, *l.* 3. *ne quid in loc. pub.*

Ejuſdem juris, cujus mare] Littora mari ſubjiciuntur, & ab eo quotidianis acceſſibus occupantur; & ideò naturam ejus ſequuntur, *l. pen. hoc tit.* Ripa autem ut flumini non ſubiicitur, nec ejus pars eſt, ita nec per omnia conditionem ejus ſequitur.

COMMENTARIUS.

DE littorum uſu & proprietate jam intellectum eſt: cæterum unum adhuc notandum, quòd uſum littorum dicit eſſe publicum & juris gentium: ut intelligas, uſum littorum publicum eſſe eo jure, quòd commune eſt omnibus gentibus: quo ſcilicet ſignificatu mare juris gentium eſſe dicit Gajus, *l.* 4. *hoc tit. & Inſtin.* §. 1. *ſup. eod.* atque in hoc differre ab uſu riparum, qui publicus quidem eſt jure gentium, ſed non juris gentium, hoc eſt, non communis omnium hominum, ſed eorum dumtaxat, quibus eo flumine uti jure gentium licet: cujus uſus exteros communionem non habere antea demonſtratum eſt. Eadem ferè & Eguinarii Baronis & Julii Pacii ſententia eſt.

Ejuſdem juris, cujus & mare] Mare littora aliis uſibus eripiendo ſua fecit. Nam, ut ante quoque dictum eſt, littora mari ſubiiciuntur, & quotidie ab eo occupantur. Occupatum autem jus & conditionem occupantis ſequi neceſſe eſt, *l. pen. hoc titul.*

TEXTUS.

De rebus univerſitatis.

6. *Univerſitatis ſunt, non ſingulorum, quæ in civitatibus ſunt, theatra, ſtadia, & his ſimilia, & ſi qua alia ſunt communia civitatum.*

COMMENTARIUS.

QUæ hic & apud Gajum *l.* 6. §. 1. *eod.* dicuntur univerſitatis, alibi etiam publica generali nomine appellantur, ut in *l.* 6. *de contr. emp.* §. 2. *inf. de inut. ſtip.* §. *ult. inf. de empt. & vend.* nimirum quia in publico civium uſu habentur. Ea igitur, quæ in pecunia aut patrimonio civitatis ſunt, quorum uſus ſingulorum non eſt, huc non pertinent: quamvis & ipſa collata cum iis, quæ propria ſunt ſingulorum, publica quoque dicantur, *l.* 7. §. 1. *quod cujuſq. un. nom. l.* 15. *& ſeq. de verb. ſign.* Univerſitatis autem appellatio latior eſt, quàm civitatis; nam & collegia & ſocietates, aliaque hujuſmodi corpora continet, quibus permiſſum eſt ad exemplum reip. habere res communes, arcam communem; &c. *l.* 1. *quod cujuſque un.*

Si qua alia communia civitatum] Ut baſilicæ, porticus, balnea, fora, prata & paſcua publica, in quæ ſc. pecudes immittere ſingulis civibus jus eſt: item ſi quæ collegii alicujus aut ſocietatis communia ſunt, veluti pergulæ, ambulacra, exedræ, periſtylia, inſulæ, ſtabula, &c. Communis autem harum rerum uſus non latiùs patet, quàm ut publicus ſit eorum, qui ſunt ejuſdem civitatis aut corporis. Hoc enim & ſuperioribus omnino conſequens eſt, & cum inſtituto convenit ejus, qui ea publicavit: ſi alii utantur, id permiſſu civitatis ſit. Nemo ſanè dixerit, uſum paſcuorum publicorum adeò liberum eſſe, ut etiam non cives jus paſcendi habeant. Ad hunc autem uſum tuendum prodita eſt contra prohibentes actio injuriarum, *l.* 13. *in fin. de in jur.* Pertinet huc illud M. Tullii 3. *de finib. Theatrum commune cùm ſit, rectè tamen dici poſſe, ejus eſſe eum locum, quem quiſque occupavit*, & 1. *offic.* viæ autem per quas omnibus iter debetur, publicæ ſunt, non univerſitatis.

TEXTUS.

De rebus nullius.

7. *Nullius autem ſunt res ſacræ, & religioſæ, & ſanctæ: quod enim divini juris eſt, id nullius in bonis eſt.*

NOTÆ.

7. *Nullius in bonis*] *l.* 6. §. 2. *eod.* & ideò hæc quaſi noſtra vindicare non poſſumus, *l.* 23. §. 1. *D. de rei vind. nullius*, nec proprietate, nec uſu profano.

COM-

COMMENTARIUS.

QUæ res divini juris ſunt, per excellentiam dicuntur nullius eſſe, ſcilicet ex comparatione earum rerum, quæ cùm & ipſæ nullius ſint, uſu tamen ſunt ſingulorum, aut ita affectæ, ut in dominium ſingulis cedere poſſint. Etenim & quæ humani juris ſunt publica omnia, qnæ non in pecunia populi, ſed in uſu publico habentur, comparata cum iis, quæ ſingulorum ſunt, nullius in bonis eſſe dicuntur, *l. 1. hoc tit. l. 6. de contr. empt.* At in rebus divini juris hoc amplius eſt, quòd ne nsns quidem earum ſingulorum eſt. Feræ quoque, beſtiæ, volucres, piſces, &c. nullius ſunt, ſi comparentur cum iis, quæ quiſque jam actu habet ac poſſidet: at ea conditione ſunt & natura, ut acquiri poſſint, & cedant occupanti, *fera inf. eod.* quod ſecus eſt in rebus divini juris. Etiam inter ea, quæ nullius ſunt, Gajus *d. l.* 1. numerat res hæreditarias nondum adita hæreditate: quæ tamen effectu juris omni ex parte privatæ ſunt, & hæreditatis eſſe finguntur, quæ tantiſper perſonæ vicem ſuſtinet, *l. hæreditas 34. l. hæreditas 61. de acq. rer. dom.* Res igitur divini juris ſunt, quæ hominum poteſtati & promiſcuo uſui exemptæ, quodammodò in ſolius Dei jure ac poteſtate habentur, quarum tres ſpecies hìc proponuntur, ſacræ, religioſæ, ſanctæ: quas ſingulis §§. deinceps expoſiturus eſt.

TEXTUS.

De rebus ſacris.

8. *Sacræ res ſunt, quæ ritè per Pontifices Deo conſecratæ ſunt; veluti ædes ſacræ, & donaria, quæ ritè ad miniſterium Dei dedicata ſunt: quæ etiam per noſtram conſtitutionem alienari, & obligari prohibuimus, excepta cauſa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate ſua quaſi ſacrum ſibi conſtituerit, ſacrum non eſt, ſed profanum. Locus autem, in quo ædes ſacræ ſunt ædificatæ, etiam diruto ædificio ſacer adhuc manet, ut & Papinianus ſcripſit.*

NOTÆ.

8. *Donaria*] ἱερὰ ἀναθήματα, κοσμήματα; ornamenta, Heſych. Macrob. 3. *Sat.* 11. ἱερὰ σκεύη, vaſa ſacra. *Nov.* 120. *c.* 10.

COMMENTARIUS.

1 *Perſonam conſecrantis qualem eſſe oporteat.*
2 *Donaria quæ Latinis dicta.*
3 *Sacra privata à publicis non forma conſecrandi, ſed fine diſtincta.*
4 *Profanum veteribus quid, & unde dictum.*

REum divini juris diximus eſſe tria genera: eaque, ut re, ita etiam nominibus apud noſtros diſtincta ſunt: quæ diſtinctio etiam in ſchedis Feſti reperitur. Alia eſt apud Macrobium 3. *Saturn.* 3. Plerique autem his nominibus indiſcretæ utuntur. Ait, ſacra eſſe; *quæ ritè per Pontifices Deo conſecratæ ſunt.* Quæ definitio duo maximè complectitur, formam conſecrandi, & perſonam conſecrantis. Formam indicat particula *ritè*, id eſt, ſolemniter, more & inſtituto majorum, publicè, non privatim, *l. 6. §. ſacræ l. 9. pr. eod.* Gall. Ælius apud Feſt. in voce *Sacer, Ovid. 1. faſtor. Templa ſacerdotum ritè dicata manu*: De ritu veteri conſecrandi vid. *Alex. ab Alex. 6. gen. dier. 14. Connan. 3. comm.* 1. Perſonam conſecrantis oportet rebus ſacris præeſſe: quales apud Romanos erant pontifices, ita dicti à ponte ſuplicio, quem, quòd ſacer æſtimaretur, in aliqua parte labantem ſolìs pontificibus reficere licebat, cæſa victima & ſacrificio perfecto. Reliquorum quo-
que ſacrorum omnium curam atque poteſta- 1
tem penes collegium pontificum fuiſſe conſtat: de quorum officio accuratè ſcribit idem *Alex. de Alex. 2. genial.* Qnid Principes? Ætiam eos curam ſacrorum & religionum ſibi ſumpſiſſe, cum apud alios auctores, tum apud noſtros legimus, ut in *leg. 8. de rel. & ſumpt. fun. l. ult. ut in poſſ. leg.* & nominatim jus dedicandi ſeu conſecrandi, *in d. l. 9. hoc tit.* An quia & ipſi plerumque pontifices? Id ſanè teſtatur hiſtoria, & Dio *lib. 53.* expreſſè ſcribit, Principes inter alios titulos etiam Pontificis maximi dignitatem aſſumpſiſſe, ut omnes religiones & ſacrificia in ſua haberent manu. An verò hoc ideo dicitur, quia, ut nonnulli volunt, ſicut olim per legem Papiriam non licebat, rem ullam, injuſſu plebis conſecrare, teſte *Cicer. pro dom.* ita poſteà non licuit injuſſu Principis: ut Pontifex quidem conſecraret, & ſolémnia perageret; ſed juſſu & auctoritate Principis præcedente: maximè ſi locus publicus conſecrandus foret? *arg. d. l. 9.* Principes Chriſtiani curam ſacrorum epiſcopis demandarunt, aliosque ritus atque cæremonias ſublatis gentilibus ſubſtituerunt, quæ in dedicandis monaſteriis, eccleſiis, domibus orationum obſervarent, *vid. Nov. 67. & Nov. 131. c. 7.* Luculentum dedicationis templi extat 1. *Reg.* 8.

Donaria] Non ſolùm ædis aut locus conſecrari poſſunt, ſed res etiam mobiles; ut ex memorato Galli Ælii apud Feſtum loco apparet, & hic ſignificat Juſtinianus verbo *donaria*: quo eum mobilia intelligere, puta veſtes, ἱερὰ ἐσθὴν, vaſa, aliaque utenſilia divinis uſibus dicata atque conſecrata, oſtendit *l. ſancimus. 21. Cod. de ſacroſ. eccleſ.* Neque hoc contra uſum Latinorum ſcriptorum. Nam quæ Græci ἀναθήματα appellant ab ἀναθεῖναι, quod dicata Diis ſuſpendebantur è tholis, columnis aut parietibus templi, ea Latini *donaria* dixerunt. Apud Macrobium legimus; *Ornamenta ſunt clypei, coronæ, & hu-*
juſmodi donaria. Virgilius pro locis accepit, 2
in qui-

Digitized by Google

in quibus dona oblata reponuntur, *lib. 3. Georg. circa fin.*

Et uris.

Imparibus ductos alta ad donaria currus.

Eamque propriam eſſe hujus verbi ſignificationem notat Servius, cui ſuffragatur Cornelius Fronto; *Donum*, inquit, *quod Diis datur, inde ubi dona ponuntur, donarium appellatur.*

Excepta cauſa redemptionis captivorum] Item pauperum alendorum tempore famis, ſi ita premantur, ut vitæ eorum ſuccurrendum ſit, *dict. l. ſancimus*; debitorum quoque Eccleſiæ cauſa, ſi creditores urgeant, nec aliunde debitum exſolvi poſſit, *auth. præterea, Cod. de ſacroſ. Eccleſ. Nov. 120. cap. 10. c. aurum 12. quæſt. 2.* Bona Eccleſiaſtica huc non pertinent: quippe quæ humanis uſibus ſerviunt, alendis ſcilicet miniſtris Verbi aut pauperibus; quamvis & ipſa cauſis quibuſdam exceptis prohibeantur alienari, *Nov. 7. add. Schneid. hic Gudelin. lib. 6. de jur. nov. cap. 13. & 14. Gloſſ. in cap. ſemel ff. de reg. jur. in 6.*

Si quis auctoritate ſua] Id eſt, non publicè, ſed privatim, *l. ſi §. ſacræ, hoc tit.* Quæſierit ali-
3 quis, cùm Romanis nihil ſacrum fuerit, niſi quod publicè conſecratum, qui fiat, quòd nihilominùs eos ſacra habuiſſe privata legimus? *Cic. 3. de legib. l. 1. de ript. nupt. l. 9. §. 1. ad leg. Iul. pec. l. 4. C. de crim. exp. her.* Reſp. Diſtinctio illa non à forma dedicandi, ac perſonis dedicantium, ſed à fine ſumpta eſt: quod privata pro ſalute familiæ, publica pro populo conſecrabantur, *vid. Roſin. 8. antiq. tit. 6.* Potuit ſanè quiſque privatim ſuæ religionis cauſa aliquid Deo dedicare, quod pro ſacro ipſe haberet: verùm id Pontifices Romani non æſtimabant ſacrum, ac proindè ulla obſtringebat religione ſucceſſores: quod ex eodem Gallo Ælio apud Feſtum diſcere poſſumus, & M. Tullio *lib. 12. epiſt. ad Attic. epiſt. 19. 34. & 35.*

Profanum] Varro 5. *de ling.* fana ait nominata eſſe, *quòd Pontifices in ſacrando fati ſunt finem: inde profanum, quod eſt ante fanum, id eſt, conjunctum fano.* Trebatius profanum id propriè dici exiſtimat, *quod ex ſacro vel religioſo in promi-*
4 *ſcuum hominum uſum converſum eſt.* Macrobius autem *lib. 3. Saturn.* ſcribit, profanum omnes penè conſentire id eſſe, quod *extra fanaticam cauſam ſit, quaſi porrò à fano & religione ſecretum.* Utut eſt, conſtat, noſtros res profanas ſacris & religioſis opponere ſolere.

Adhuc ſacer manet] *Dict. l. 6. §. 3.* Ideòque venire non poteſt, *l. ædes ſacra 73. de contr. empt.* Trajanus ad Plin. *lib. 10. epiſt. Si ædes ſacra Claudii collapſa ſit, religio ejus occupavit locum.* Planè quæ loca ab hoſtibus capta ſunt, ſacra eſſe deſinunt: at ea calamitate liberata, quaſi poſtliminio priſtinum ſtatum recipiunt, *l. cum loca 36. de religioſ. Cic. phil. 9.*

TEXTUS.

De Religioſis.

9. *Religioſum locum unuſquiſque ſua voluntate facit, dum mortuum infert in locum ſuum. In communem autem locum purum invito ſocio inferre non licet: in commune verò ſepulchrum etiam invitis cæteris licet inferre. Item ſi alienus uſusfructus eſt, proprietarium placet, niſi conſentiente uſufructuario, locum religioſum non facere. In alienum locum conſentiente domino licet inferre: & licèt poſtea ratum non habuerit, quàm illatus eſt mortuus, tamen locus religioſus fit.*

NOTÆ.

9. *Invito ſocio*] *L. 6. §. 4. D. com. div. d. l. 2. in fin. pr. de relig.* quod tamen tempera cum Calliſtr. *l. 41. eod.*

Si alienus uſusfructus] Hujus loci interpretem habes Ulp. *l. 2. §. 1. & §. ſi uſumfructum 7. eod.* ubi diſcimus, quod proprietario non licet, id neque fructuario licere.

Ratum non habuerit] In Flor. *ratum habuerit*, quam ſcripturam & Th. & Baſil. confirmant: ut ſenſus ſit, ratihabitionem æquipollere mandato: poteſt tamen & vulgata defendi, quia ſufficit ab initio conſenſiſſe.

COMMENTARIUS.

1 *Antiquos privata ſepulcra habuiſſe extra urbem in agris, hodie autem ferè in urbe mortuos ſepeliri in locis publicè ad eam rem deſtinatis.*

2 *Cenotaphium ſeu tumulum inanem, religioſum non eſſe.*

3 *Ut locus religioſus fiat, neceſſe eſſe, ut is, qui mortuum infert, ſit pleno jure dominus loci, & quædam conſectaria inde deducta.*

4 *Verba hujus §. poſtrema tam commodum ſenſum habere, quàm lectionem Codicis Flor. in ff.*

RElig*ioſum*] Generali hujus verbi appellatione etiam ſacra contineri arguit notatio vocis *religio*, ſive à relegendo eam deducas cum Cic. 2. *de natura Deor.* ſive cum S. Sulpitio, ut auctor Macrob. 3. *Satur.* 3. à relinquendo, ſive à religando cum Lactantio 4. *Inſtit.* 28. At hic & paſſim in libris noſtris ſtrictiùs accipitur, & locum notat, ubi mortuus aut ſepultus humatus eſt: quæ ſignificatio & Feſtum Pompejum auctorem habet.

Unuſquiſque ſua voluntate] Ad differentiam ſacri. Locus ſacer non fit, niſi publicè per Pontificem ſacretur: religioſus fit propria cujuſque voluntate, cadaver aut oſſa inferentis in locum
ſuum. Notandum hic in tranſcurſu, antiquos 1
pri-

privata ſepulchra habuiſſe extra urbem in agris nam in urbe mortuos ſepelire lege vetitum erat, *Cic.2.de leg.l.3.§.divus de ſepulc. viol.* idque aliis etiam populis in more poſitum fuit: qua de re conſule *Petr.Greg.lib.33. Syntagm. cap. 33.* Quæ quiſque ſibi & familię ſuę ſepulchra conſtituebat, familiaria dicebantur: quæ ſibi & hæredibus ſuis, vel quę paterfam. jure hęreditario acquiſierat, hęreditaria, *l.5.l.6.in pr.de relig.& ſump.fun.* Hodie autem, ut notum eſt, locis publicis ad ſepulturam utimur, à magiſtratu ſepeliendis mortuis deſtinatis: cœmeteriis ferè, aut ipſis etiam Eccleſiis: in quibus tamen privatum ſepulchrum habere nihil vetat, quod & hæredibus relinqui, & ad uſum ſepulturæ etiam aliis vendi poſſit, *Grot.2. introd.cap.1.Monac.in l. 4. Cod. de religioſ.* Superſtitioſi nimis in hac re ſunt canones, *cap. 1. 13. quæſt. 1. cap. autum 12. quæſt. 2. cap. adhæc 4. de relig. domib.*

Dum mortuum infert in locum ſuum] His verbis docemur, duo eſſe neceſſaria, ut locus fiat religioſus; ut in eum mortuus inferatur; ut inferatur à domino loci. Primò non conſecratione aut verbis ſolemnibus locus religioſus efficitur, ſed illatione mortui: unde ſepulchrum ab Ulpian. definitur, ubi corpus oſſave hominis condita ſunt, *l.2.§.ſepulchrum de relig.* Ac ne totus quidem locus, qui ſepulturæ deſtinatus eſt, corpore condito religioſus fit, ſed quatenus conditum aut humatum eſt, *d.§. ſepulchrum*. Ex quo effici-
2 tur, quod Divi fratres reſcripſerunt, Mauſoleum inane, ſive monumentum purum, memoriæ tantùm cauſa factum, quod Græci *κενὸν μνῆμα*, & uno verbo *κενοτάφιον* appellant, Suetonius *c. 1. in Claud. tumulum honorarium*, religioſum non eſſe, *l. 7. hoc tit. l. 6. in fin. l. monumentum 42. de relig.* licèt contra ſenſerit Marcianus, motus auctoritate Virgilii, ut ipſe ait, *l.6.in fin. hoc tit.* nec dubium, quin iis poetæ verſibus, quos ex *lib. 3. Æneid.* citat D.Gothofr. ubi de Andromache hæc ait Æneas:

Maneſque vocabat
Hectoreum ad tumulum, viridi quem ceſpite inanem,
Et geminas, cauſam lacrymis, ſacraverat aras.

Similis locus eſt ejuſdem poetæ *lib. 6.* ibi ſic ad Deiphobum idem heros:

Tunc egomet tumulum Rheteo in littore inanem
Conſtitui, & magna Maneis ter voce vocavi.

Denique ſi oſſa hominis, aut corpus conditum dumtaxat loco religionem afferunt, conſequens eſt, oſſibus aut reliquiis effoſſis & translatis, locum religione ſolvi, *l. cum diverſis 44.§.1. de relig.* quamquam effodere vel eruere non licet ſine decreto Pontificum aut juſſu Principis, *l. 8. eod.* Alterum, quod ad locum religione obſtringendum neceſſarium eſſe diximus, eſt, ut is mortuum inferat, qui eſt loci dominus: neque ſufficit pro parte indiviſa dominum eſſe, aut nudam loci proprietatem habere; ſed neceſſe eſt, ut is, qui infert, dominus ſit in ſolidum & pleno jure. Hinc deducuntur hæc conſectaria. 1. Nemini jus eſſe inferre in locum, qui in totum alienus ſit, utique invito loci domino: nam conſentiente eo inferre licet, & locus hac illatione religioſus fit *hoc §. in fin.l.6.§.religioſum eod.* 2. Non licere inferre in locum communem purum invito ſocio, hoc item *text. l. 6. §. ſi quis comm. div. l. 3. in fin. pr.de relig.* quod tamē ſic computat Calliſtratus, ut aliquis ex ſociis in communi loco etiam ſine conſenſu cæterorum ſepeliri poſſit, ſi non ſit alius locus, ubi commodè ſepeliatur, *l. ſi plures 41. d.tit.* De loco puro Juriſconſultos loqui apparet: nam in communi ſepulchro quin unus ex ſociis etiam obnitentibus cæteris ſepeliri poſſit, nulla dubitatio eſt. quippe cùm ad hunc ipſum uſum is locus comparatus ſit, *d.l. 6. pen. hoc tit. l. 6.§. ſi quis comm. & hoc text. 3.* Nam poſſe proprietarium invito fructuario inferre aut locum religioſum facere, ut hoc item *§. & l. 2. §. ſi uſumfructum de relig. l. locum 17. de uſufr.* Quorum omnium hæc ratio eſt, ne domini, ſocii, fructuarii conditio ſine facto eorum deterior fiat, re commercio exempta. Planè ſi proprietatis dominus teſtatorem intulerit, qui uſumfructum legavit, cum in alium locum inferri tam opportunè non poſſet, placet locum religioſum fieri, *d.l.17. de uſufr.d.l.2.§.7.de relig.* Poſtremò quod proprietario non licet invito eo, qui uſumfructum habet, id multò minùs huic licere debere, non concedente proprietario, *d.l.2.§.1.& 7.*

Locum purum] Id eſt, qui humani juris eſt, *βέβηλον*, profanum, *d.l. 2.§. purus & paſſim eod. tit.* Aliquando opponitur ædificatio, ut in *l.ult. in pr. de pign.act.* Varro quoque *lib.4.de ling.* ſcribit, pura loca appellari areas in urbe.

Licèt poſtea ratum non habuerit] Ita vulgò hic legitur & apud Marcianum *d.l.6.§. religioſum hoc tit.* unde hæc tranſcripta ſunt. Neque incommodum ſenſum habet hæc lectio: ſufficit enim ab initio conſenſiſſe; cùm quod ſemel placuit, poſtea diſplicere nō poſſit, *cap.quod ſemel de reg.jur. in 6.l.nemo poteſt 75.eod.l.5.C.de obl.& act.* In *π*. autem Florentinis affirmativè hic locus legitur, *licèt poſtea ratum habuerit*, nec minùs rectè: ut ſit ſenſus: Licèt locus alienus, in quem ſine conſenſu domini mortuus illatus eſt, ab initio religioſus non ſit; tamen ſi is poſtea conſenſerit, locum religioſum fieri; quod hæc ſit natura ratihabitionis, ut mandato comparetur, *l. ſemper 60. de reg.jur.c.ratihabitionem π. eod. in 6.* Cæterum ut hoc quoque obiter addam, etſi illatione mortui in alienum locum, locus non efficitur religioſus: non licet tamen domino propria auctoritate oſſa illata aut corpus tollere, *l 8.de relig.* ſed actio ei in factum datur, per quam is, qui intulit, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium præſtare cogitur, *l.7.dict.tit.* Pretio autem præſtito non eſt dubitandum, quin locus religioſus fiat.

Tex-

Digitized by Google

Textus.

De rebus ſanctis.

10. *Sanctæ quoque res, veluti muri, & portæ civitatis, quodammodo divini juris ſunt; & ideò nullius in bonis ſunt. Ideò autem muros ſanctos dicimus, quia pœna capitis conſtituta eſt in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideò & legum eas partes, quibus pœnas conſtituimus adverſus eos, qui contra leges fecerint, ſanctiones vocamus.*

Notæ.

10. *Sanctæ res*] Ex Gajo, *l. 1.* Marc. *l. 8.* Ulp. *l. 9. §. 2. h. tit.*

Portæ civitatis] Portas ſanctas eſſe negat Plut. *in Romul.* ſed nimirum jure Pontificio. At noſtri portas inter ſancta numerant, quia non minùs quàm muri inviolabiles.

Quia pœna capitis] Violare muros capitale eſt, *l. ult. eod.* De notatione verbi *Sanctus* vid. *l. 8. §. 1. eod.* Feſt. in voc. *ſagmina.* Agg. Urb. *in comm. ad Front.* Hotom. hic.

Sanctiones vocamus] *leg. 41. D. de pœn.* Feſt. in voc. *Sanctum.* Cic. Verr. 6. *Niſi legis ſanctionem pœnamque recitaſſem.*

Commentarius.

1 *Sancti appellatio quàm latè pateat.*
2 *Rectene noſtri etiam portas inter ſancta numerent.*
3 *An capite plectendi & qui muros municipiorum violant.*

1 Certum eſt, longè latiùs patere appellationem ſancti, quàm hic accipitur: idque vel ex Trebatio diſcere poſſumus, qui apud Macrobium 3. *Saturn. 3. ſanctum, ait, interdum idem eſſe, quod ſacrum, idemque quod religioſum: interdum aliud, nimirum quod venerabile, incorruptum, inviolatum eſt:* quod & Macrobius confirmat adductis aliquot locis Virgilii. Propriè autem ſanctum dicitur, quod vel ab injuria hominum defenſum atque munitum eſt, *l. 8. hoc tit.* Hinc legati jure gentium ſancti habentur, *l. ult. de legation.* item reges, teſte *Cic. pro reg. Deiot.* Jure Romanorum tribuni plebis *ſacroſancti. Liv. lib. 2. Feſt. in verb. ſacroſanctum.* Aut quod ſanctione quadam confirmatum atque ſubnixum eſt. Hinc leges & rogationes dicuntur ſanctæ, quod eas impunè tranſgredi non licet. Hinc denique muri quoque ſancti, quia ſpeciali ſanctione contra violantium audaciam muniti atque confirmati ſunt.

2 *Veluti muri & portæ civitatis*] *l. 1. hoc tit. l. 2. ne quid in loc. ſacr.* Et muros quidem conſentiunt omnes eſſe ſanctos. Cæterum de portis diſſentire videtur Plutarchus, qui ἐν τοῖς Ῥωμαϊκοῖς muros ἱερὰ, id eſt, *ſanctos* eſſe ſcribit, portas non item, eò quòd eas cadavera efferantur, aliaque immunda per eas importentur, atque exportentur. Sed hoc ille longè alio ſenſu, quàm noſtri, nimirum jus Pontificum ex libris ritualibus ſecutus. Quippe Romani in deſignanda urbe adhibitis more Hetruſco certis ſacris muros aratro circumducebant, atque ambiebant: ubi verò portæ futuræ erant, id loci non ſulcabant, ne quid religionis contraheret: ſed aratrum ſuſpendentes, portarum ſpatia relinquebant intacta, Conſulatur Varro 4. *de ling. Lat. Alex. ab Alex. 6. gen. 24. Alciat. l. pupillus 239. §. urbs de verb. ſign. Cœl. Rhodig. lib. 14. c. 5.* Hinc mœnia jure Pontificio ſancta habebantur, portæ non item. At noſtri portas ideò inter ſancta numerant, quia eas non magis quàm muros violare fas eſt, aut aliquid in eas delinquere.

Quodammodò] Rectè *quodammodò* τρόπον τινά, neque enim propriè hæ res divini juris ſunt, ut res ſacræ & religioſæ: ſed propter ſimilitudinem, quam cum rebus ſacris & religioſis habent, divini juris eſſe dicuntur: quia ſcilicet nec ipſæ cujuſquam ſunt aut proprietate aut uſu promiſcuo. Fortaſſis tamen muri, quòd auſpicatò & ſolemni ſacrificio ſignabantur, etiam propriè in rebus divini juris habiti ſunt. *Vid. Alciat. d. loc. Riccium vindiciar. jur. præmiſſ. cap. 7.* qui ob id hunc locum ita diſtinguendum putat, *veluti muri & portæ civitatis, quodammodò divini juris ſunt.*

Ideò autem muros ſanctos] Notatio verbi *ſanctus.* Marcianus, *l. 8. §. 1. hoc tit.* à ſagminibus legatorum deducit, id eſt, verbenis ſeu herbis puris, quas legati populi Romani ferre ſolebant, ne quis eos violaret. Sed quæ hic traduntur, & Feſtum auctorem habent in voce *ſagmina*, & Aggenum Urbic. *in comm. ad Frontin.* qui utrumque & *ſanctum* & *ſagmina* à ſanciendo, id eſt, confirmando, deducit. A ſanguine tamen confictum eſſe hoc vocabulum, vel ex conſuetudine ſacrorum ſolennium, quam Salluſt. *in Catilin.* commemorat, putat D. Hotomannus.

Quia pœna capitis] Violare muros capitale eſt: ſicuti ſi quis ſcalis admotis aut qualibet alia ratione tranſcenderit. Nam cives Romanos aliâ, quàm per portas egredi, non licet: cùm illud hoſtile & abominandum ſit: Nam & Romuli frater occiſus traditur, quòd murum tranſcendere voluerit. Hoc Pompon. *l. ult. hoc tit.* Marcus autem Tullius 3. *de offic.* ſcribit, ſpeciem utilitatis eo animum impuliſſe Romuli, cui viſum erat utilius ſolum ſe, quàm cum altero regnare. *Omiſit hic,* inquit, *& pietatem & humanitatem: & tamen muri cauſam oppoſuit, ſpeciem honeſtatis neque probabilem neque idoneam.* De muris municipiorum dubitatum eſt, an & qui eos violant, pœna capitis puniendi ſint. Vulgò placet non eſſe; ſed hujuſmodi homines pro qualitate delicti arbitrio judicis extra ordinem plectendos, *Bart. in d. l. ult. Aug. Mynſ. Schneid. & alii hîc.* Quæ ſententia ſanè benignior eſt. Nec obſtat, quòd etiam muri municipiorum ſancti ſunt, *l. 8. §. 2. hoc tit.* neque enim, quicquid ſan-

Digitized by Google

ſanctum eſt, ejus violatio continuò capite plectitur: aut quod capite non plectitur, ſanctum non eſt. Satis enim eſt ad hoc, ut ſanctum ſit, ut ab injuriis hominum defenſum, aut ſanctione aliqua ſubnixum ſit, *d. l. 8. in pr. l. 9. §. 3. eod.* Sanè in bello ſi quis vallum tranſcendant, aut per muros caſtra ingrediatur, capite punitur, *l. 3. §. nec non 17. de re milit. vid. Gothofr. Buſ. ad d. l. ult. & Autumn. ibid. in conſer. jur. Franc.*

Ideò & legum, &c. ſanctiones vocantur.] *l. ſanctio 41. de pœn.* In concinna autem eſt illatio. Fortaſſis ab effectu ea pars legis, qua pœna conſtituitur, ſpeciatim ſanctio dicitur, quia efficit, ut legi ſua auctoritas & ſanctitas conſtet, *arg. d. l. 9. §. 3. hoc tit.* nam generaliter leges ipſas ſanctiones vocari, ſatis notum eſt. Scholiaſtes ad illud Horatii; *Sanctarum inſcitia legum: Aut participium eſt à Sancio, id eſt, firmatarum: aut ſanctarum, id eſt, ſacrarum, ut fœdus ſanctum dicitur & ſacrum.*

TEXTUS.

De rebus ſingulorum.

11. *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarumdam enim rerum dominium nanciſcimur jure naturali, quod ſicut dicimus, appellatur jus gentium: quarumdam verò jure civili. Commodius eſt itaque à vetuſtiore jure incipere. Palam eſt autem, vetuſtius eſſe jus naturale, quod cum ipſo genere humano rerum natura prodidit. Civilia autem jura tunc eſſe cœperunt, quum & civitates condi, & magiſtratus creari, & leges ſcribi cœperunt.*

NOTÆ.

11. *Multis modis*] Duplici quidem jure, ſed variis modis: qui tamen modi ſunt ex jure gentium, memoriæ cauſa ad duos commodè ſevocari poſſunt, ad factum noſtrum ſeu occupationem, & ad rei noſtræ vim ac poteſtatem.

COMMENTARIUS.

1. *Quæ in hac ſecunda parte hujus tituli potiſſimùm ſpectanda.*
2. *Perperam in hac diſputatione dominio opponi commercium.*
3. *Quid ſit dominium, & quàm largè nonnumquam ea vox uſurpetur.*
4. *Modos acquirendi jure gentium dominii ad duos commodè revocari.*

SEcunda pars hujus tituli: cui reſpondet titulum ff. *de acquirendo rerum dominio.* Huc uſque diſputatum de differentia & jure earum rerum, quæ extra patrimonium ſunt. Sequitur nunc
1 alterum rerum genus, earum videlicet, quæ ſunt in patrimonio; quæ ob id etiam privatæ dicuntur & ſingulorum propriæ. Hæ res variè item diſtingui poſſunt. Nam primò quædam ſunt univerſales; quæ vel rationem totius habent, ut hereditas, univerſum alicujus patrimonium; vel generis, ut fundus, homo, veſtis: quædam ſingulares, ut hic fundus, hic homo, hæc veſtis. Quædam item corporales ſunt, quædã in corporales, de quibus *tit. ſeq.* Corporalium iterum quædam mobiles aut ſe moventes, quædam immobiles, *l. moventium 93. de verb. ſign. l. 15. §. 2. de jud.* Duo verò præcipuè hic nobis ſpectanda; id quod in hiſce rebus ſingulorum eſt, ejuſque acquiſitio. Quod ſinguli in his rebus habent, id vel eſt jus in rem, vel jus ad rem. Jura in rem ſunt hæc; dominium, (tum plenum; tum minùs plenum, quod quaſi dominium & utile vocant; qualia ſunt jus emphyteuticum & ſuperficiarium) uſus; uſusfructus; jura prædiorum; jus poſſeſſionis, pignus ſive hypotheca. Jus ad rē eſt, quod uno nomine dicitur obligatio ſive creditum. Jus in rem D. Grotio eſt *beheering*: 2
jus ad rem ſive in perſonam, *inſchuld.* Idem jus in rem diſtinguit in jus poſſeſſionis, *vesſtrech*; & jus dominii vel quaſi, quod *epgendom* vocat; eaque voce reliqua in re jura comprehendit, *lib. 2. manuduct. c. 1.* Doctiſſimus Diod. Tuldenus dominio non obligationem, ſed commercium opponit. Non rectè, ut mihi videtur, in diſputatione propoſita. Nam commercium non eſt res externa, quæ in bonis noſtris computatur, quam acquirere, alienare, legare, hæredibus noſtris relinquere poſſumus, qualis eſt obligatio: ſed jus perſonæ: quod non omnes, qui in civitate ſunt, habent: Eſt enim jus emendi vendendique, aut potiùs jus contrahendi cum aliquo, *l. 5. de juſt. & jur. l. quod ſi minor 24. §. 1. de minorib. Ulpian. tit. 19. §. 4.* Unde quæ res vendi, in ſtipulationem aut conventionem deduci non poſſunt, commercio dicuntur exēmptæ. Denique obligatio, quæ ex maleficio oritur, etiam huc pertinet: at eam nolim dicere eſſe ex commercio. Nam commercii ſignificatio apud Latinos tam latè non patet, quàm apud Græcos συναλλάγματος, ut tam συναλλάγματα ἑκούσια quàm ἀκούσια, complectatur. Quod ad acquiſitionem attinet, ea quoque non eſt unius modi: aliter enim dominium & jura illa in re à dominio ſeparata acquiruntur; aliter obligatio ſive creditum, ſicut ex progreſſu apparebit: in quo ſi fortè methodi leges nõ ſatis accuratè Compoſitores obſervarint, id non tam in iis reprehendendum, quàm ſæculo condonandum eſt. De modis acquirendi dominii, ut præcipui & ſummi in rebus juris, initium faciunt. Dominium eſt plena in rem poteſtas, *§. ult. inſ. de uſuf.* ſive jus de 3
re pro arbitratu ſtatuendi, *l. in re 21. C. mand.* Hoc idem jus à re quæſita proprietas dicitur, *leg. 7. §. ex diverſo 12. l. 13. hoc tit. de acq. rer. dom. l. 12. §. 1. de acq. poſſ.* quamquàm proprietatis vocabulo ſæpè in jure noſtro nuda proprietas ſignificatur, à qua ſcilicet uſusfructus ſeparatus eſt, ut paſſim in *tit. de uſufr.* quod & in voce dominii contingit, *l. 6. §. ult. C. de bon. quæ lib.* & videtur veteres dominium

Digitized by Google

nium propriè de re corporali dixiſſe, *arg. tit. Pand. de acquir. rer. dom. & tit. Pand. & C. de rei vind.* ut tamen interdum largiùs eamdem vocem acceperint de omni jure, quo res aliqua noſtra eſt, ut in *l.17. quib. mod. uſ. am. l. 10. §. 3. hoc tit. l. 3. ſi uſufr. pet.* quo loco & poſſeſſio de re incorporali ſimpliciter prædicatur, quam tamen propriam eſſe conſtat rerum corporalium.

Multis modis] Privata nulla ſunt natura ait M. Cicero *lib. 1. de offic.* ſed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti ſunt,

Nam propriæ telluris herum natura nec illum,

Nec me, nec quemquam ſtatuit:

ut alicubi Horatius. Modi acquirendi multi ſunt & varii, tum jure gentium, tum jure civili: qui tamen ad paucos memoriæ cauſa commodè revocari poſſunt; & mea quidem ſententia, qui ex jure gentium ſunt, commodiſſimè ad duos. Quicquid enim jure gentium nobis acquiritur, id vel facto noſtro ſeu occupatione acquirimus, vel vi & poteſtate rei noſtræ. Occupationis enim ſpecies ſunt non tantùm venatio, aucupium, piſcatio; ſed etiam ſpecificatio, inventio & apprehenſio rerum, quæ nullius ſunt, quæve dominum habere deſierunt; quæ ex hoſtibus capiuntur; poſtremò etiam, quæ transferuntur voluntate domini: quæ omnia ſuis locis demonſtrabimus. Vis ac poteſtas rei noſtræ duplex eſt; ut quicquid ex re noſtra naſcitur, noſtrum ſit; ut quæcumque rei noſtræ accedunt, rem noſtram ejuſque conditionem ſequantur: quorum alte-
4 rum generali nomine fœtura appellari poteſt; alterum acceſſio.

Quod appellatur jus gentium] Hoc ideò additum, ne quis putet hic intelligi jus naturale, quod omnium animantium inter ſe commune eſt: ſed quod proprium eſt generis humani, ſive ut Gajus *l. 1. hoc tit.* explicat, id quod ratione naturali inter omnes homines peræquè obſervatur. Et perpetuum hoc eſſe ſcribit Caſtrenſ. in *l. 1. de pact.* ut jus naturale, cùm ad actus refertur, qui hominum proprii ſunt, pro jure gentium, ſeu humano accipiatur. Proprium autem hominis eſt habere in dominio. Quod autem ait Juſtinianus, hoc jus cum ipſo genere humano proditum eſſe, id de jure gentium primævo rectè dicitur, de ſecundario non item; ex quo tamen ſunt nonnulli acquirendi modi, de quibus hoc titulo agitur. Reſpexit fortaſſis Imperator formas rerum acquirendarum præcipuas, quæ ex illo jure antiquo originem habent. Cæterum & de jure gentium ſecundario, eoque quod pro certo rerum ſtatu naturali eſt, hæc accipienda κατάτακτως.

TEXTUS.

De occupatione ferarum.

12. *Fera igitur beſtia, & volucres, & piſces, & omnia animalia, quæ mari, cœlo & terra naſcuntur, ſimul atque ab aliquo captæ fuerint, jure gentium ſtatim illius eſſe incipiunt: quod enim ante nullius eſt, id naturali ratione occupanti conceditur: nec intereſt, feras beſtias & volucres utrùm in ſuo fundo quis capiat, an in alieno. Planè qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, poteſt à domino, ſi is providerit, prohiberi, ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis, eouſque tuum eſſe intelligitur, donec tua cuſtodia coercetur. Cùm verò tuam evaſerit cuſtodiam, & in libertatem naturalem ſeſe receperit, tuum eſſe deſinit, & rurſus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cùm vel oculos tuos effugerit, vel ita ſit in conſpectu tuo, ut difficilis ſit ejus perſecutio.*

NOTÆ.

12. *Fera beſtiæ*] Ex Cajo *leg. 1. §. 1. leg. 3. l. 5. hoc tit.*

In ſuo fundo, an alieno] Quocumque enim loco feræ ſunt, dummodò ſint in libertate naturali, nullius ſunt. Hæc mirificè conveniunt cum traditionibus Hebræorum, de quibus Selden. *de jur. nat. juxt. diſc. Hebr. c. 4.*

Prohiberi, ne ingrediatur] Nam in prædio alieno invito domino venari non licet, *l. 16. D. de ſerv. pr. ruſt.* & ſi quis id fecerit, tenetur actione injuriarum, *l. 13. §. ult. de injur.* Cæterum captum nihilominùs capientis fit, quia prohibitio conditionem animalis non mutat.

In libertatem naturalem.] Quod venando acquiſitum eſt, ubi id cuſtodia noſtra elapſum in laxitatem naturalem ſe recepit, noſtrum eſſe deſinit, & rurſum occupantis fit, *l. 3. §. 2. eod.*

Difficilis] Non tantùm ergo, ſi impoſſibilis, ut malè Accurſ. *l. 5. pr. l. 44. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Unde æſtimandum, utrùm animal ferum ſit, an manſuetum.*
2 *Feras etiam in fundo alieno captas fieri capientium, & quid de piſcibus captis in alieno ſtagno.*
3 *Quid ſi quis fundum alienum contra prohibitionem domini ingreſſus feram ceperit.*
4 *Venando capta diutiùs noſtra manere, quamdiu in poteſtate noſtra ſunt.*

EX modis rerum jure gentium acquirendarum primus & præcipuus eſt occupatio: quæ quàm latè pateat, ex iis, quæ paulò ante dicta ſunt, intelligi poteſt. Hoc loco, & quatuor §§. *ſeqq.* deſcriptis ex *l. 3. & l. 5. eod.* agitur de ea occupatione, quæ ferarum eſt, & venatio in genere appellatur; cujus ſpecies ſunt, venatio quadrupe-

drupe-

Digitized by Google

drupedum, aucupium, piſcatio. Igitur feræ beſtiæ, quadrupedes, volucres, piſces, ſimul atque ab aliquo captæ, hoc eſt, apprehenſæ & in manum ac poteſtatem alicujus redactæ ſunt, jure gentium ſtatim illius eſſe incipiunt. Eſtque hoc genus acquiſitionis longè antiquiſſimum, ipſaque adeò lege creationis conceſſum, *c. 1. Geneſ. & Pſal.* 8. quæ & Stoicorum ſententia eſt, teſte Cicerone 1. *offic.* & Ariſtotele 1. *pol.* 4. cum ajunt, omnia, quæ in terris gignuntur, ad uſum hominum naturam creaſſe.

Feræ] Ferum eſt, quicquid à cicure diſcretum eſt: nam feras generali nomine appellamus omnia animalia, quibus à natura vis infinita inſita eſt liberè vagandi in terra, mari, aere: unde feras à ferendo dictas volunt, quòd naturali ſuo im-
1 petu ferantur, vel quòd è conſpectu hominum ſe auferant in ſolitudines. Neque excludimus, quæ hominum commercio manſuefacta ſunt, Nam utrùm ferum ſit animal, an manſuetum, ex natura æſtimandum eſt, non ex aſſuefactione, *§. pavonum.* 15. *inſ. eod.* Cæterum quæ hoc §. traduntur, ad occupationem earum ferarum pertinent dumtaxat, quæ vel à nullo adhuc occupatæ ſunt, vel occupatæ naturalis ſuæ libertatis iterùm factæ ſunt compotes.

Cælo] Cœlum pro aere, *οὐρανὸν οἴομαι, κατὰ τὸ τῆς ἰδιωτῶν ἔθος, τὸν ὑπὲρ ἡμᾶς ἀέρα μέχρι τῶν χιόνων νοοῦμεν· Galen. comm.* 2. *in t. de morb.* atque ita etiam ſacri ſcriptores accipiunt, *Matth. c. 6. verſ.* 26. *ἐμβλέψατε εἰς τὰ πετεινὰ τοῦ οὐρανοῦ.*

Quod ante nullius eſt] Modò ita affectum ſit, ut alicujus eſſe poſſit: nam res, quæ commercio hominum exemptæ ſunt, ut res divini juris & publicæ, ſatis conſtat, ad hanc regulam non pertinere, quamvis & ipſæ nullius ſint: nec item res hæreditarias; quas, quamdiu hæreditas adita non eſt, inter res nullius numerat Gajus, *l. 1. de rer. div.* nam hæreditas interim pro domino eſt, *l. hæreditas* 1. *&* 2. *hoc tit.* Simile axiomati propoſito eſt illud Quintiliani *declam.* 13. *Quod omnibus naſcitur, induſtriæ præmium eſt.* Plaut. in Rudent. *act.* 4. *ſcen.* 3. *Meum, quod rete atque hami nacti ſunt.*

Nec intereſt, utrùm in ſuo fundo] Amplificatio regulæ poſitæ; nimirum etiam in fundo alieno capta capientium fieri. Cujus amplificationis ratio non eſt obſcura: nam quocumque loco feræ ſunt, dummodò ſint in libertate naturali, nullius
2 ſunt, & conſequenter tranſeunt in jus occupantis. Igitur & piſces, qui in alieno ſtagno ſunt, & feræ, quæ in ſylvis circumſeptis vagantur: quoniam relictæ ſunt in naturali libertate, *l.* 3. *§. item feras* 14. *de acq. poſſ.* Scio, hoc diſplicere Hotomanno & Vveſembecio. Sed profectò ſi piſces iſti aut feræ à nobis non poſſidentur, quod diſertè ſcribit Paul. *d. loc.* conſequens eſt, nec eorum nos dominos eſſe, cùm hæc ſit natura omnium ferarum, ut dominium earum nec acquiri ſine poſſeſſione poſſit, nec retineri: quod vel unicus hic §. eos docere debuerat. Concedo tamen, ſpectatam hic eſſe locorum conſuetudinem, ut & in aliis pleriſque, quæ hujus argumenti ſunt. Et noſtro ſæculo contraria opinio prævaluit, ut & feræ ſilvis privatis, & piſces ſtagnis incluſi, ut poſſideri, ita in dominio eſſe credantur, *Grot.* 2. *de jur. bell. & pac.* 8. *num.* 2. *D. Tulden. hic cap.* 17. quod veteres tum demum admittebant, ſi feræ vivariis, piſces piſcinis incluſi forent, *d. l.* 3. *§. item feras.*

Poteſt à domino prohiberi] Quid ſi nihilominus 3
ingreſſus ſit, & feram ceperit? Vulgò placet, adhuc eam occupantis fieri, & rectè. Nam id regulæ ſuperiori omninò conſequens eſt. Non obſtat, quod in prædio alieno domino invito venari non licet, *l.* 16. *de ſerv. ruſt. præd.* nam prohibitio iſta conditionem animalis mutare non poteſt, neque efficere, ut id quod captum eſt, fiat prohibentis: alioqui non nudam prohibenti actionem injuriarum pareret, *l.* 13. *§. ult. de injur.* ſed rei vindicationem & condictionem furtivam, *vid. Chriſt. in. vol.* 5 *deciſ.* 82. *n.* 19. *& ſeqq.* Excipit Angel. & poſt eum Cantiuncula, niſi fructus fundi in venatione, aucupio & piſcatione conſiſtat, *arg. l. venationem* 26. *de uſur. l.* 9. *§. aucupiorum de uſufr.* Sed enim ſi illa verè in fructu ſunt, ne inſcio quidem domino aut ingreſſum non prohibente capta capientis fient; à communi ſententia recedunt *Cujac.* 4. *obſ.* 2. *Vveſemb. ad Schneid. D. Tuld. hic cap.* 16.

Eòuſque tuum eſſe intelligitur, &c.] Alia ſuperioris propoſitionis amplificatio; videlicet eam etiam procedere, etſi fera jam ante capta ſit ab aliquo, ſi ea in naturalem libertatem poſtea ſe receperit. Nam quod venando per occupationem
acquiſitum eſt, id non diutiùs noſtrum manere, 4
quàm quamdiu in poteſtate noſtra & cuſtodia ſit; ubi verò evaſerit cuſtodiam noſtram, & in laxitatem naturalem ſe receperit, deſinere noſtrum eſſe, & rurſum fieri occupantis, *l.* 3. *§.* 2. *eod. Chriſt. in. d. deciſ.* 84. *n.* 20. Quod ut ſingulare notandum eſt in dominio ferarum: nam aliarum rerum dominium etiam amiſſa poſſeſſione retinetur. Cæterum ne quis hic judicii æquitatem deſideret, placuit, ita demum cuſtodiam prioris domini animal ſemel captum effugiſſe, & libertatem naturalem recepiſſe videri, ſi ſic evaſerit, ut vel oculos domini effugerit, vel ſit quidem adhuc in conſpectu ejus, ſed ita, ut ſine ſumma difficultate id, perſequi non videatur, *d. l.* 5. *in pr. l. Pomponius* 44. *hoc tit.* Qua in re quod bonus judex arbitrabitur, ſequendum erit. *Gloſſ. Porc. Cantiuncula hic.*

TEXTUS.

De vulneratione.

13. *Illud quæſitum eſt, an ſi fera beſtia ita vulnerata ſit, ut capi poſſit, ſtatim tua eſſe intelligatur. Et quibuſdam placuit, ſtatim eſſe tuam, & eòuſque tuam videri, donec eam perſequaris: quod ſi deſieris perſequi, deſinere tuam eſſe, & rurſus fieri occupantis.*

Alii

Digitized by Google

Alii verò putaverunt, non aliter tuam eſſe, quàm ſi eam ceperis. Sed poſteriorem ſententiam nos confirmamus, quod multa accidere ſolent, ut eam non capias.

NOTÆ.

13. *Quibuſdam placuit*] Inter quos & Trebatius, *l.5.§.eod.*

Non aliter, quàm ſi ceperis] *d.l.5. §. 1.* Non enim ſpe & animo feræ noſtræ fiunt, ſed manu & occupatione, *l.55.eod.*

Multa accidere ſolent] Sicut eſt in adagio, Græco, *πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρου. inter os & offam multa intervenire poſſunt*, Gell. *13. cap. 15.*

COMMENTARIUS.

1 *Non vulneranti, ſed capienti feram concedi.*
2 *Cur cum fera, ſtatim ut capta eſt, noſtra fiat, non ſtatim quoque ut elapſa eſt, noſtra eſſe deſinat.*
3 *Quid moribus hodiernis circa capturam ferarum juris ſit, ejuſque defenſio & interpretatio, n. 4. & 5.*

FUere ex prudentibus, interque eos Trebatius, qui exiſtimabant, feram beſtiam, ſi ita à
venatore vulnerata ſit, ut capi poſſe videatur, ſtatim venatoris eſſe, ejuſque tamdiu manere, do-
1 nec illam perſequatur. Verùm hæc ſententia ideò
diſplicuit, quia ex ſuperiore regula non vulneranti & perſequenti, ſed occupanti & capienti fera conceditur. Non poteſt autem dici feram cepiſſe, qui ſpem tantùm capiendi habet, cùm multa accidere poſſint, quæ ſpem iſtam fruſtrentur, & ut fera evadat, *l. 5. §. eod.* *Πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρου*, ut in adagio Græco. Atque ita judicatum refert Chriſtin. *vol.5. deciſ.84.n.23.* Grotius *lib.2.man.cap.4.* notat, eum qui feram ab alio excitatam capit, quamvis dominus feræ fiat, tamen ut inciviliter venantem eo nomine à miniſtris Saltuarii multari poſſe. Cur verò: inquis, cùm fera, ſtatim ut capta eſt, noſtra fiat, non & ex contrario ſemel capta, ſi poſtea elapſa ſit, ſta-
2 tim noſtra eſſe deſinit, ſed tamdiu noſtra manet,
quamdiu eam cũ ſpe recuperandi perſequimur? Nimirum quia poſſeſſio, ex qua dominia rerum jure gentium cœperunt, faciliùs retinetur, quàm acquiritur. Ad acquiſitionem non ſufficit rem eſſe in conſpectu noſtro, ejuſque apprehendendæ animum & ſpem aliquam habere: ſed manu occupanda & corporaliter apprehendenda eſt, *l. 1. §. 1. l.3. §. 1. de acq. rer. dom.* Ad retinendam autem poſſeſſionem ſemel quæſitam ſolus animus ſufficit, *d.l.3. §. ſaltus 11. l. 1. §. quod vulgo 25. unde vi*, eumque animum tamdiu retinere intelligimur, quamdiu non vana ſpes eſt fore, ut mox rem recuperemus: at ſpe recuperandi ſublata, jam animum quoque poſſidendi nos deſinere habere;
3 *fac. d.l.44. hoc tit. l.6. §. ult. de acq. poſſ.* Noſtro jure
fiunt quidem feræ etiam occupantium: ſed non promiſcuè omnibus venari permiſſum eſt; nam Principes ſibi ferè hoc jus vindicarunt; ſaltem quoad certa genera animantiũ, certoſque capiendi modos. Feras minores, puta lepores, cuniculos, nobilibus etiam capere licet certis anni temporibus, dum ne capiant in locis Principi ſpecialiter reſervatis: quod jus & nonnullis aliis ratione officii conceſſum, qui legibus ſaltuariis continentur. Aucupii laxior libertas, excepto quòd longo tramite aucupari ſolius Principis jus eſt. De jure piſcandi alibi à me dictum. Adi *Grot. lib. 2. manud. c.4.* ubi latiùs hæc perſequitur. Non ſolùm autem legibus noſtris, ſed prope omnium rerumpub. & regnorum conſtitutionibus modus venationis præſcriptus eſt. Conſtitutione Federici Imperatoris vetantur ruſtici retia, laqueos, aut alia inſtrumenta ad capiendas feras tendere, niſi ad urſos, apros vel lupos capiendos: quas beſtias credibile eſt ideò exceptas eſſe, quia tanta earum diritas eſt atque immanitas, ut publicè interſit eas ab omnibus necari, *lib. 2. Feud. tit. de pace tenend. §. ſi quis.* Jure Canonico venatione interdictum clericis, ne hac voluptate capti cultum divinum deſerant, *c. 1. §. 1. de Cler. venat. lib. 4. decretal.* Sunt qui exiſtimant, non poſſe citra injuriam lege civili aliquos impediri, ne feras capiant, captaſque ſuas faciant, quoniam jure naturæ, quod immutabile eſt, hoc omnibus licet, *Tiraq. de Nobil. c.37. n.144. Menoch. conſ.298. n.18. lib.3.* & alii relati apud *Fachin. lib. 1. contr. c.2.* Sed verius eſt poſſe. Eſt enim
hoc jus ex jure naturæ permittente non præci- 4
piente ut ſemper liceat. Jam verò etſi lex civilis nihil poteſt præcipere, quod jus naturæ prohibet, aut prohibere, quod præcipit; poteſt tamen libertatem naturalem circumſcribere, & vetare quod naturaliter licebat, atque etiam ipſum dominium naturaliter acquirendum vi ſua antevertere, *D. Grot. 2. de jur. bel. c.2. n.5. & c.3. n.5.* quæ etiam eſt ſententia Covarr. *in relect. c. peccatum de reg. jur. in 6. p. 1. §. 8.* eum ait, feras, volucres & cętera animalia jure naturæ non eſſe communia poſitivè & affirmativè, quia omnium propria ſunt, ſed negativè, quia nullius ſunt, & jure naturali nulli ſunt applicata: ac proindè poſſe lege humana uni potiùs, quàm alteri ex juſta cauſa concedi. Non obſtat igitur, quod ſæpè in libris noſtris legimus jure naturæ liberum eſſe talia animalia venari. Hoc enim verum eſt, quamdiu nulla lex civilis intercedit, ſicut leges Romanæ res multas reliquerunt in ſuo primævo ſtatu, de quibus aliç gẽtes aliud conſtituerunt. Cum autem lex civilis aliud conſtituit, eam obſervari debere jus ipſum naturæ dictat. Unde autem nata eſt tanta juris quondam communis mutatio? Opinor partim ex conſenſu populorum, qui jus venandi in compenſationem curarum & gubernationis Principibus ultro reliquerunt: partim ex ipſorum Principum poteſtate, quibus viſum ſit, publicè expedire, ut communi licentiæ frænum injiceretur, tum ne tota tandem ſpecies multitudine venatorum vaſtaretur, tum ne ruſtici & plebeii homines ſtudio venationis ab agricultura aut opificiis avocaren-

carentur, & fortaſſis ob alias etiam cauſas, quas
videre eſt apud *Vveſemb. parat. de acq. rer. dom. Covar. præd. loc. Faehin. 1. cont. 1. Card. Tuſc. pract. concl. jur. vol. 8. lit. V. concl. 41. Chriſtin. vol. 5. deciſ. 85. num. 37. & ſeqq.* Illud ſcire operæ pretium eſt
non acquiſitioni animalis capti, ſed juri venandi
5 derogatum eſſe. Unde ſi homo plebejus, aut quis
alius, cui jus venandi non eſt, feram venando ceperit, licèt incidat in pœnam legibus conſtitutam, feram tamen nihilominus illius fit: & quamvis capta jubeatur capienti auferri, id non tam ideo fit, quia capientis facta non eſt, ſed quaſi ab indigno & pœnæ cauſa; eadem planè ratione qua laquei, jaculi, aliaque id genus inſtrumenta venatoria hujuſmodi hominibus adimuntur. Quòd ſi verò id, quod ita captum eſt, alteri bona fide accipienti ex juſta cauſa traditum ſit, adimi hoc ei non poterit: neque enim furtivum aut alienum poſſidet, ut ab eo vindicari queat; neque dici poteſt pœnam legis mereri, qui nihil deliquit, nihil contra legem fecit, *l. aliud eſt fraus 131. de verb. ſign.* Huic non abſimile eſt, quod de fera in alieno fundo capta diximus, eam capientis fieri, quamvis in alieno venari invito domino non liceat. Ita *Covarr. d. §. 8. num. 5. & ſeq. Chriſtin. ubi ſup. n. 17. Gudelin. 2. de jur. nov. cap. 2. Zypæ notat. jur. Belg. de jur. fiſc. & tit. de venat. ferar.*

TEXTUS.

De apibus.

14. *Apium quoque fera natura eſt. Itaque apes, quæ in arbore tua conſederint, antequàm à te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur eſſe, quàm volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint: ideoque ſi alius eas incluſerit, is earum dominus erit. Favos quoque ſi quos effecerint, eximere quilibet poteſt. Planè integra re, ſi prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eò uſque intelligitur eſſe tuum, donec in conſpectu tuo eſt, alioquin occupantis fit.*

NOTÆ.

14. *Apium fera natura*] Cajus *d. leg. §. 2.* quamvis aliæ aliis magis feræ: unde illa diverſa genera apud Varr. *lib. 3. de re ruſt. cap. 16.* Collum. *lib. 9.* Plin. *lib. 11. c. 18.* qui & eod. *lib. cap. 5.* tradit, apes nec eſſe feri generis, nec manſueti.

Examen] Non ſolùm vetus, ſed & novum apum recens natarum, ad quærendas novas ſedes extruſarum.

COMMENTARIUS.

1 *Omnes apes natura feras eſſe, non eas ſolas quæ rei ruſticæ ſcriptores ſylveſtres appellant.*

QUia de quibuſdam animantibus dubitari poterat, ſintne natura fera, an manſueta, & maximè de apibus, pavonibus, columbis, gallinis & anſeribus, nō abs re eſt, quod hoc loco nos Imp. docet, quo numero hæc animantia habenda ſint. Ambigi primò poteſt de apibus, quippe quas Plinius tradit nec manſueti generis eſſe, nec feri, *lib. 21. nat. hiſt. cap. 5.* Varro *lib. 3. de ruſt. c. 16.* in feras & cicures diſtinguit, uti & *Columel. lib. 9.* Plinius *d. lib. c. 18.* in ruſticas ſive ſylveſtres & urbanas. Ulpianus noſter *l. 8. §. 1. fam. erc.* videri poteſt hæc animalicula in genere manſuetorum habuiſſe, cum ex ſententia Pomponii reſpondet, apes venire in judicium familiæ erciſcundæ: quia in patrimonio noſtro ſunt, eumque, qui eas amovet, furtum committere. Paulus verò
in eadem referas à cicuribus manifeſtè ſeparat,
l. ſi apes 26. de furt. Sed dubitandum nō eſt, quin, 1
ut diverſa ſint apum genera, una tamen omnium
ſit natura, eaque fera & ſylveſtris, ut hic ex Gajo *l. 5. §. 2. hoc tit.* refert Juſtinianus. Liberè enim omnes feruntur & vagantur, nec tarò locum & alvearia mutant, etiam quæ aliquamdiu incluſæ fuerunt. Quamobrem licèt Plinio videantur mixti eſſe generis, fortaſſe quod in iis quid obſervarit, quod naturam animalis manſueti ſapiat: tamen in hoc, quod tractamus, argumento pro feris omninò habendæ ſunt. Nec obſtat diſtinctio illa Varronis: nam cùm feras à cicuribus non natura, ſed loco ſeparet, feras appellans, quæ paſcitant in ſylveſtribus, cicures, quæ in locis cultis habentur, ſatis apparet, cicures eum vocare, non quæ natura tales ſunt, ſed cura hominum, cicureſque dixiſſe pro cicuratis, vel potiùs pro iis, quæ minùs feræ ſunt, & occupatæ faciliùs manſueſiunt quàm ſylveſtres. Ulpianus autem *d. l. 8. §. 1. fam. erc.* apertè loquitur de apibus, quæ alveariis jam incluſæ ita aſſuefactæ ſunt, ut ubi evolaverint, eumdem locum ſponte repetant: neque aliis apibus feras opponit Paul. *d. l. ſi apes de furt.* Conſtat autem, animalia, quæ ex feris manſuefacta atque ita condocefacta ſunt, ut ex conſuetudine abeant & redeant, cum de occupatione eorum quæritur, quamdiu illam conſuetudinem retinent, eodem jure quo manſueta haberi. Unde rectè argumentatur Quintilianus *declam. 12.* apes, quæ ex alvearis noſtris manè evolant, & veſperi domum ſua ſponte revolant, finemque laboris ſui ſole metiuntur, noſtras eſſe.

Antequàm à te alveo includantur] Nam incluſio hæc occupatio eſt. Quæ autem animalia ſemel noſtra facta ſunt occupatione, ea tamdiu noſtra manent, neque ab alio occupari poſſunt, quamdiu poſſeſſionem eorum retinemus, *fac. l. 3. §. quidam 16. de acq. poſſ.* Alveus autem eſt χειροποίητος, puta ex vimine, aut inani cortice: fa-

vum

Digitized by Google

vum ipſæ ſibi apes conficiunt. *Varr. de re ruſt. cap.16.*

Volucres quæ in arbore tua nidum fecerint] Quemadmodum volucrum in arbore tua nidificatio non efficit, ut aut ipſæ aut pulli earum tui cenſeri debeant; ita nec apium in arbore tua confeſſio facit, ut aut ipſæ aut nova earum ſoboles tua efficiatur: ſed ex regula ſuperiore primò occupanti aut includenti cedunt. Quæ apium eadem & favorum ratio eſt, ſi quos fortè in arbore tua fecerint, antequàm à te alveis includerentur, *d.l.ſi apes furt.*

Poterit eum jure prohibere] Eodem jure, quo prohibere potes, ſi prævideris, eum, qui venandi cauſa tuum fundum velit ingredi, adverſùm, quem ſi te invito ingreſſus fuerit, prodita tibi eſt actio Injuriarum, ut non multò ante didicimus ex *leg. 13. §. ult. de injur.*

Examen] Non ſolum vetus, ſed & novum apum recens natarum, quæ ex alveariis ad novas ſedes quærendas à parentibus extruſæ ſunt; nam ſi parentum fera natura eſt, neceſſe eſt & feram naturam eſſe prolis.

Textus.

De pavonibus & columbis & cæteris animalibus manſuefactis.

15. *Pavonum quoque & columbarum fera natura eſt: nec ad rem pertinet, quòd ex conſuetudine evolare & revolare ſolent. nam & apes idem faciunt, quarum conſtat feram eſſe naturam. Cervos quoque quidam ita manſuetos habent, ut in ſylvam ire & redire ſoleant, quorum & ipſorum feram eſſe naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex conſuetudine abire & redire ſolent, talis regula comprobata eſt, ut eouſque tua eſſe intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam ſi revertendi animum habere deſierint, etiam tua eſſe deſinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur deſinere habere tunc, cùm revertendi conſuetudinem deſeruerint.*

Notæ.

15. *Pavonum & columbarum*] *d.l.5. §. 5.* Sed hæ volucres facilè cicurantur, & domibus adſueſcunt, utique quæ natura minùs feræ ſunt, minuſque adhorrent à conſuetudine hominum. vid. Varr. 3. *de re ruſt.7.* Colum. *l.8.c.15.*

Revertendi conſuetudinem deſeruerint] Ultro, non ſi ab alio detenta, *l. 8. §. 1. D. fam. erc.* Hoc autem totum ex circumſtantiis judex æſtimabit. Vveſemb.

Commentarius.

1 *Pavones & columbas pro feris haberi, etſi non omnes æquè feram naturam habeant.*

2 *Moribus Gallorum & noſtris animalia, quæ revertendi conſuetudinem deſeruerunt, non fieri occupantium.*

Secundò eadem dubitandi ratio eſſe poterat de pavonibus & columbis, ſaltem quoad quædam genera. Nam pavones quod attinet, diſtinguunt rei ruſticæ ſcriptores pavones agreſtes, qui inſulas & nemoroſa loca captant, ab iis, qui in prædiis gregatim paſcuntur. Varro *lib.3. de re ruſt.* & Columel. *lib.8. cap. 11.* Idem Varro *d.lib. cap.7.* duo item eſſe genera columbarum tradit: unum agreſte, quod habetur in turribus & columinibus villæ, unde & columbæ appellatæ ſint: alterum clementius, quod cibo domeſtico contentum intra limina januæ paſci ſolet. Porro ex domeſticarum & agreſtium conjunctione naſci & miſcellum tertium genus. Sed idem hic reſponderi poteſt, quod de apibus, eſſe quædam genera 1
pavonum, itemque columbarum, quæ natura minùs feræ ſunt, minùſque ab hominum conſuetudine abhorrent: pro feris tamen omnes haberi, quia facilè avolant, & cum agreſtibus ſeſe conjungunt. Certè Gajus *l.5. §. pavonum hoc tit.* & Juſtinianus hic ſimpliciter haſce aves earum numero adſcribunt, quæ ſunt generis feri, quod & D.Grot. facit *lib.2. man.c.4.* Meminit quidem & pavonis manſueti Pompon. *l. ſi pavonem 37. de furt.* ſed opinor manſuetum dixiſſe pro manſuefacto. Illud nullum argumentum eſt manſuetudinis, quòd hæ aves ex conſuetudine evolare & revolare ſolent: nam & apes idem faciunt: & cervos, quorum utique fera natura eſt, ita aſſueſieri poſſe conſtat, ut aliquò abeant, & ſponte ſua redeant domum. Exemplum cervi ita inſtituti à Tyrrhei liberis & præſertim Sylvia filia habemus apud Virgilium *lib. 7. Æneid.* & alterum cervæ Sertorianæ apud Plutarch. *in Sertor.* Fatendum tamen eſt, pavonibus & columbis hoc propemodum naturale eſſe, & placidis in eo ſimiliores, quàm feris.

In iis autem animalibus] Natura videlicet feris, ſed ἡμερωθεῖσι καὶ εἰς τὸ πρᾶον ἐκ τοῦ θηριώδους μεταβεβλημένοις, de quibus hic ſermo eſt; nam in placidis, quæ hominum conſuetudine natura gaudent, obtinet, quod ex Cajo traditur *§. ſeq.*

Cùm revertendi conſuetudinem deſeruerint] Quod ex circumſtantiis judex æſtimabit, neque enim placet eorum ſententia, qui deſuetudinem revertendi ex una & altera intermiſſione metiũtur, quamvis id plerique faciunt, teſte *D. Vveſem. hic.* Enimverò ſi quis, verbi gratia, columbas, quæ ex columbariis noſtris avolant & revolant, vetitis rationibus averterit, ita ut animum revertendi abjiciant, dubium non eſt, quin in factum actione teneãtur, & captarum nomine etiã 1
furti, *l.8.§.1. fam. erc.* Gallorum moribus anima- 2

lia, quæ ex conſuetudine abire & redire ſolent, dominorum eſſe non deſinunt, nec fiunt occupantium, quamvis cuſtodiam noſtram evaſerint, & deſeruerint animum revertendi, quod maximè in falconibus & accipitribus obſervatur. *Io. Fab. Autumn. coll. jur. Gall. ad l. 5. eod.* Idemque de motibus noſtris teſtatur *Groenem. de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

De gallinis & anſeribus.

16. *Gallinarum autem & anſerum non eſt fera natura: idque ex eo poſſumus intelligere, quòd aliæ ſunt gallinæ, quas feras vocamus; item alii ſunt anſeres, quos feros appellamus. Ideoque ſi anſeres tui, aut gallinæ tuæ, aliquo modo turbati turbatæve evolaverint, licèt conſpectum tuum effugerint, quocumque tamen loco ſint, tui tuæve eſſe intelliguntur: & qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.*

NOTÆ.

16. *Furtum committere intelligitur*] *d. l. 5. §. 6. l. 41. eod.* Exigit hoc juſtitiæ ratio, quæ non ex quantitate, ſed ex ſuis regulis debet æſtimari.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam ob gallinam vel anſerem ſurreptum dari actionem furti.*

POſtremò dubitatum de gallinis & anſeribus: & harum avium naturam initio feram eſſe negat Juſtinianus, quod Cajus facit, *l. 5. §. gallinarum hoc tit.* mox tamen & ille & hic earum duo genera faciunt, quorum alterum natura ſit ferum & agreſte, alterum manſuetum & placidum: eamque naturarum differentiam in omni ferè genere animalium animadverti poſſe teſtatur Plinius *lib. 8. c. 53.* De generibus anſerum & gallinarum & natura cujuſque ſcripſere idem *Plin. lib. 10. c. 21. Varr. li. 3. de re ruſt. c. 9. Columel. l. 8. c. 2. Pallad. lib. 1. c. 30.*

Quocumque loco ſunt, tui tuæve] Regula generalis eſt, ad omne genus animalium manſuetorum pertinens, ea noſtra manere, quamvis ita aufugerint, ut neque ſint in conſpectu noſtro, & ubi ea ſint, ignoremus, vel quocumq; modo hoc acciderit: neque enim in his occupationi locus eſt. Quapropter etſi lupus ovem meam, exempli cauſa, rapuerit, ea mea eſſe non deſinit, quamdiu recipi poteſt: & ſi forte eam alius, lupum canibus ſuis perſecutus, eripuerit, ſuam non faciet; ſed repoſcenti mihi reſtituenda, *l. Pomponius 44. hoc tit.* Tres igitur regulæ pro triplici animalium differentia ex his, quæ hactenus diximus, obſerventur. 1. Feras, quarum libertas vel numquam adepta eſt, vel quæ captæ in eam ſe receperunt occupantis fieri. 2. Animalia manſueta, quocumque loco ſint, noſtra manere, neque occupatione cuiquam acquiri poſſe. 3. Manſuefacta ita ut abire & redire ſoleant, quamdiu eam conſuetudinem retinent, jure manſuetorum cenſeri; depoſito revertendi animo, ut cæteras feras, ſecundùm regulam concedi occupanti.

Furtum committere intelligitur] *l. 5. §. gallinarum d. l. Pomponius 44. hoc tit.* quod & in manſuefactis obtinet, ſi quis ea animalia, cùm ex conſuetudine abire & redire ſolitæ eſſent, interceperit, *l. 8. §. 1. fam. erc. leg. ſi pavonem 37. de furt.* Atque 1
his omnibus locis traditum eſt etiam, actionem furti nomine competere: nempe quia hoc exigit ratio juſtitiæ, quæ non ex quantitate, ſed ex ſuis regulis debet æſtimari. Cui contrarium non eſt, quod legimus, actionem de dolo ob rem vel ſummam minimam, veluti ob duos aureos, non dari, *l. 9. in fin. cum 2. ll. ſeqq. de dol.* ſiquidem actio de dolo, præter quàm quòd æquè ac furti famoſa eſt, remedium eſt extraordinarium, atque in ſubſidium dumtaxat, ſi alia actio non ſit, & res alicujus momenti eſſe videatur, comparatum, *l. 1. §. ait prætor. de dol.*

TEXTUS.

De occupatione in bello.

17. *Item ea, quæ ex hoſtibus capimus, jure gentium ſtatim noſtra fiunt: adeò quidem, ut & liberi homines in ſervitutem noſtram deducantur: qui tamen ſi evaſerint noſtram poteſtatem, & ad ſuos reverſi fuerint, priſtinum ſtatum recipiunt.*

NOTÆ.

17. *Ex hoſtibus capimus*] *l. 4. §. ult. l. 7. pr. eod.* Ariſtot. *1. pol. 4. & 5.*

Noſtra fiunt.] Jure gentium res hoſtium eodem loco ſunt, quo res nullius, ac proindè eorum fiunt, qui primi earum poſſeſſionem nacti ſunt, *l. 1. §. 1. de De acq. poſſ.* & tam res immobiles, quàm mobiles. Capientes intelligendi non tantùm qui per ſe capiunt, ſed etiam qui per alios. In actu belli publico & imperato ſinguli ut miniſtri operam navant, & Principi aut populo, qui miniſterio eorum utitur, acquirunt: hinc præda & ager ex hoſtibus captus publicantur, *l. pen. de ad leg. Iul. pecul. l. 20. §. 1. D. de capi.* Extra actum publicum ſinguli ſibi capiunt; quia non capiunt ut miniſtri. Grot. *3. de jur. bell. c. 6.*

COMMENTARIUS.

1 *Res hoſtium veteribus eodem loco fuiſſe, quo res nullius, & ideò iis conceſſas, qui primi earum poſſeſſionem adepti eſſent, vel per ſe, vel per alios.*

2 *Agrum hoſtilem, non niſi actu publico capi poſſe: ac proinde captum fieri publicum populi.*

3 *Mo-*

Digitized by Google

3 *Moventia & mobilia, quæ in miniſterio publico*
capiuntur, & ipſa fieri populi: aliàs eorum,
qui manu capiunt, & quid hodie.

QUod hic & apud Gajum *l.5.§.ult.eod.* tradi-
tur, ea, quæ ex hoſtibus caplmus, jure
gentium ſtatim noſtra fieri, difficultate non ca-
ret. Nam alibi legimus, agrum ex hoſtibus ca-
ptum publicari, *l.20. §.1. de capt. & poſtlim.* bo-
na captivorum in fiſcum cogenda, *l.divus 31.de*
jur.fiſc. captivos ab Imperatoribus vendi ſolere,
l.4. §.2. de ſtat.hom. qui prædam ab hoſtibus ca-
ptam ſurripuit, lege peculatus teneri, *l.pen.ad*
leg.Jul.pec. In corpore Canonum, diſtribui præ-
dam publico arbitrio, *c.dicat aliquis.* c. 23. q.5.
Apud alios, manubias, id eſt, pecuniam ex ven-
ditione prædæ redactam per quæſtores inferri in
ærarium; *Gell.lib.13.cap.23. Vellei.lib. 2. Cic.3.*
epiſt.7. Quæ omnia arguunt, ipſi populo, non
ſingulis, qui capiunt, res hoſtium acquiri. Et
de agro ex hoſtibus capto omnes conſentiunt,
eum fieri publicum, ſive populi. Sed quod at-
tinet ad res mobiles & ſe moventes, plerique pu-
tant, has primò ac jure ipſo fieri ſingulorum,
qui manu capiunt; cæterum duci aſſignanda,
qui inter milites diſtribuit, *Bart.in l.28. de capt.*
Alex. & Iaſ. in l.1 de acquir.poſſ. Covar. in c. pec-
catum,p.1.§.2.n.6. de reg. jur. in 6. Alii cenſent,
hæc ſimpliciter acquiri ſingulis capientibus, *Va-*
con.à Vacun.lib.2.cap.25. Cujac.19.obſ.7. Meren-
da ſimpliciter populo aut principi, cui bellum
geritur, *lib.2.contr.22.* Sed nulla harum ſenten-
tiarum probanda. Potuit ſanè conſenſu gentium
utrumvis conſtitui, ut aut capta populo bellum
gerenti, aut cuivis, qui manu caperet, in do-
minium cederent: ſed quid voluerint, quærimus,
Id verò nos docet Paulus ex Nerva filio, *l.1.§.1.*
de acq.poſſ. nimirum jure gentium res hoſtium
2 hoſtibus eſſe non alio loco, quàm quo ſunt res
nullius, ac proindè eorum fieri, qui primi ea-
rum poſſeſſionem nacti ſunt. Non diſtinguunt in
hoc negotio inter res mobiles & ſoli; neque di-
ſtinguere debuerunt. Nam quæ nullius ſunt, ſi-
ve immobilia ſint, ſive mobilia, ſemper fiunt ca-
pientium; ſed tam eorum qui per alios, quàm
qui per ſe capiunt: neque enim ſervi tantùm aut
filiifamil. ſed & liberi homines, qui venando,
aucupando, piſcando, margaritas legendo ope-
ram ſuam addixerunt, ſtatim ejus, quod cepe-
runt, poſſeſſionem & dominium aliis acquirunt,
iis ſcilicet, quibus operam navant: quippe quæ
naturaliter acquiruntur, non modò per noſmet-
ipſos, ſed etiam per quemlibet alium, cujus mi-
niſterio utimur, acquirere poſſumus: locum-
que hic habet, quod dicitur, nihil intereſſe,
utrum per ſe quis faciat, an per alium, *l. ea quæ*
53. hoc tit. l.1. §. per procuratorem 20. leg.3. §.1.
de acq.poſſ. Sic apud Græcos, qui in Olympis
certabant, præmia acquirebant iis, à quibus
mittebantur. Igitur res expedienda eſt cum D.
Grotio *3.de jur. bell.6.n.10.* & D. Tuld. *in comm.*
hic c.29. diſtinctione facta inter actus verè publi-
cos belli, & inter actus privatos, qui fiunt oc-
caſione belli publici; ut dicamus, per illos actus
res acquiri populo, per hos primò ac directè pri-
vatis. Res ſoli, niſi publico actu, inducto exer-
citu, impoſitis præſidiis, capi non ſolent: &
ideò, ut Pomponius reſpondit, publicatur ager,
ſive publicus fit populi, qui ex hoſtibus captus
ſit, *l.ſi captivus 20. §.1. de capt.* Solebant autem 2
Romani, ut hoc obiter addam, agros ex hoſti-
bus captos aut totos publicare, aut partiri in vi-
ctorem populum, aut per cenſores locare; in-
terdum modico veteri poſſeſſori honoris gratia
relicto, aut diſtrahere, aut aſſignare veteranis,
aut certum iis vectigal imponere; quarum rerum
paſſim in legibus, hiſtoriis, & agrimenſorum
commentariis teſtimonia extant, *vid.l.15.§.2 de*
rei vind.l.11.de evict. conſule porrò *Briſſon. 4. ſe-* 3
lect.ant.1. Pet.Fabr.2. ſem.3. & 4. Conan.3. com.5.
Mobilia verò & ſe moventia aut in miniſterio pu-
blico capiuntur, aut extra illud: priore caſu
etiam illa populi fiunt, cui hic ſinguli ut miniſtri
operam navant: nam ut ducibus exercitus præ-
dæ diſpenſandæ aliquod arbitrium conceſſum
fuerit, tamen actus ſui rationem debebant popu-
lo: de quo latè *Grot.ubi ſup. n.15.* Poſteriore au-
tem caſu fiunt ſingulorum capientium: quia quod
extra actum publicum capiunt, non intelliguntur
capere ut miniſtri. Atque huc referendum eſt il-
lud Celſi *l.tranſfugam 51.§.1. hoc tit. Quæ res ho-*
ſtiles apud nos ſunt, non publicæ, ſed occupantium
fiunt. Quæ apud nos ſunt, hoc eſt, bello exor-
to, apud nos deprehenduntur. Nam idem & in
hominibus obſervabatur. Quâ in rem inſignis eſt
locus Triphonini *l.in bello 12.pr. de capt. Verum*
in pace, inquit, *qui pervenerunt ad alteros, ſi bel-*
lum ſubitò exarſiſſet, eorum ſervi efficiuntur, apud
quos jam hoſtes ſuo fato (ita legendum, non *ſuo*
facto, ut habent libri) *deprehenduntur.* Fato hoc
adſcribit Juriſconſultus, quia nullo ſuo merito
in ſervitutem deveniunt: nam fato hujuſmodi ad-
ſcribere tranſlatitium eſt. Tale illud Nævii; *Fa-*
cto fiunt Romæ Metelli conſules. Hinc etiam eſt,
quòd ſi quid milites capiunt nō in procinctu, aut
in eo, quod facere jubentur, ſed in eo, quod
promiſcuo jure aut ſolo permiſſu faciunt, id ſibi
ſtatim acquirunt: capiunt enim non ut miniſtri.
Talia ſunt ſpolia, quæ detrahuntur hoſti in dimi-
catione ſingulari. Talia quoque, quæ procul ab
exercitu in liberis, & in juſſis excurſibus capiunt.
Nunc verò paſſim uſurpatur, ut in direptionibus
oppidorum & præliis ſuum quiſque faciat, quod
cœpit: in excurſibus verò capta omnia fiant eo-
rum, qui in comitatu ſunt, inter ipſos pro di-
gnitatis ratione partienda.

Ut liberi homines in ſervitutem] Hoc etiamnum
in Luſitania aliiſque locis Turcorum imperio vi-
cinis obſervatur. Cæterum Chriſtianarum penè
omnium gentium velut mutuo conſenſu compa-
ratum eſt, ut capti etiam in bello juſtiſſimo liber-
tatem retineant, eoſque tamdiu dumtaxat reti-
nere liceat, donec pretium redemptionis exol-
verint, quod *lib.1.* memini me fuſiùs explicaſſe.

Priſtinum ſtatum recipiunt] Igitur & ingenuitatem, quamvis apud hoſtes manumiſſi ſint: nam ratio poſtliminii efficit, ut hic quoque locum habeat, quod ſæpiſſimè conſtitutum eſt, natalibus non officere manumiſſionem, §. *ult. ſup. de ingen.*

TEXTUS.

De occupatione eorum, quæ in littore inveniuntur.

18. *Item lapilli, & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, jure naturali ſtatim inventoris ſiunt.*

COMMENTARIUS.

ACquiſitionis naturalis & quidem occupationis ſpecies eſt & inventio. Ea pro duplici objecto diſtingui poteſt in duo genera; nam aut earum rerum eſt, quæ nunquam ullius fuerunt; aut earum, quæ deſierunt habere dominum, quales ſunt theſaurus, & res pro derelicto habitæ. De priore genere hic agitur, de altero in §. *theſauros*, & §. *pen. inf. eod.*

Lapilli & gemmæ] Margaritæ, conchylia, corallia, cæteraque, quæ in mari aut littore maris nata, nec ab alio ante occupata, inveniuntur, *l.3. de rer. div. l.1. §.1. de acq. poſſ.* Quod autem à mari productum non eſt, ſed à navigantibus in tempeſtate ejectum, vel quod naufragio fluctibus in littus expulſum eſt, eorum permanet, qui ejecerunt, vel naufragium fecerunt, §. *ult. inf. eod.* Inter lapillos & gemmas hoc intereſſe ex Servio Ulpianus refert, *l. cum aurem* 10. §. *gemmæ* 17. *de aur. arg. leg.* quòd gemmæ propriè dicantur lapides pretioſi, qui natura perlucidi ſunt; lapilli, qui ſunt contrariæ naturæ: quod diſcrimen etſi non uſquequaque ab aliis ſcriptoribus obſervetur, nulla tamen ratio eſt, cur ob id Juriſconſultos reprehendat Valla. *vid. Alciat. lib. 1. de verb. ſign.*

Statim inventoris ſiunt] Inventio ſpecies eſt, ut diximus, occupationis. Non igitur ut quiſque hæc videre cœperit, & notare oculis, ita ſtatim ejus fient, quod quidam putant; ſed neceſſe eſt, ut poſſeſſionē eorum nanciſcatur: ſi mobilia ſint, manu apprehendat: ſi immobilia, ea ingrediatur, *l.1. §.1. & ibi Coraſ. n.12. l.3. §.3. D. de acq. poſſ. Connan. 3. comm. c.3. Grot. mar. lib. cap. 2.* Cæterum ſi quis non in totum præoccupaverit, ſed inventorem jam apprehenſioni operam dantē adjuverit, judicatum fuit, inventorem eſſe præferendum, *Horat. Rovat. dec. Lucenſ. 23. D. Tulden. hic c. 13.* Harum autem rerum dominium ſemel inventori quæſitum, etiam amiſſa poſſeſſione retinetur, ut juris eſt in rebus omnibus, quæ dominio noſtro ſubjectæ ſunt, exceptis feris beſtiis, quæ ubi cuſtodiam noſtram evaſerint, unà cum poſſeſſione dominium nobis auferunt, quaſi jure quodam poſtliminii in priſtinam libertatem reverſæ.

TEXTUS.

De fœtu animalium.

19. *Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo ſubjectis nata ſunt, eodem jure tibi acquiruntur.*

COMMENTARIUS.

QUæcumque jure gentium acquiruntur, ea diximus in ſumma nobis acquiri duabus rationibus, facto, & occupatione noſtra; rei noſtræ poteſtate, ac beneficio. Rei noſtræ hæc vis eſt, ut duo nobis tribuat: fœturam, hoc eſt, quicquid ex ea naſcitur, aut provenit: & acceſſionem, ſive quicquid ei accedit, ita ut unitum ab ea trahatur: quæ diſtinctio docendi cauſa à nobis retinebitur. DD. vulgò utramque illam rei noſtræ vim uno acceſſionis nomine comprehendunt: cujus deinde duo genera faciunt, diſcretam, puta fœtus animantium, & continuam, veluti alluvionem. Nonnulli, inter quos Cantiuncula & Bachovius, etiam ea, quæ rebus noſtris accedunt, aut ex iis naſcuntur, genere quodam occupationis nobis quæri volunt, non equidem veræ, ſed fictæ & commentitiæ, quaſi illa quodammodò à re noſtra, & per eam à nobis occupentur. Sed nihil opus eſt commentis, ubi ſine illis res æquè intelligi poteſt. Mitto, quòd hæ res etiam ignorantibus nobis acquiruntur, atque adeò invitis. Præſens hic §. ad fœturam pertinet: ſequentes aliquot ad acceſſionem.

Ex animalibus noſtris] *Leg. 2. l.6. hoc tit.* Item partus editi ab ancillis noſtris, §. *pen. ſup. de jur. perſ.* In ſumma quicquid res noſtra ex ſe edit, ſive ea mobilis ſit, ſive ſolida, id nobis hoc jure acquiritur: quamvis de ſolo fœtu animaliū hìc ſermo. Et placet, hæc ſtatim ipſo ortu nobis acquiri, etiam ignorantibus, & tantùm non invitis: nimirum vi & poteſtate rei noſtræ, ſicut diximus. Planè autem eadem ratione fœtus animalium noſtrorum noſtri fiunt, qua noſtra fiant, quæ in ſolo noſtro nata ſunt, nimirum, ut ſolum ipſum hæc noſtra facit, non ſatio ulla aut plantatio undecumque profecta, *l. qui ſcit 25. de uſur. l.11. C. de rei vend.* & animalia & ancillæ noſtræ, quia inſtar ſoli ſunt ea, quæ conceperunt, nobis pariunt: nec vis maris inſpicitur, quæ ſimilis eſt ſato, *l.5. §.2. de rei vind. l.7. C. eod.* Atque ut fructus à ſolo noſtro ſeparati ideò noſtri ſunt, & manent, quia cum adhuc ſolo cohærebant, pars ſoli intelligebantur, *l.44. de rei vind.* ita & fœtus ab animalibus noſtris, & partus ab ancillis editi, noſtri manent, quia antequàm edantur, portio ſunt viſcerum matris, *l.1. §.2. de ventr. inſpic.* Adde, quòd fœmina in alendo fœtu omnia confert de ſuo, quæ & ipſa interim à domino alēda ſit. Et ſi igitur doctiſſ. Grot. 2. *de jur. bell. c.8. n.18.* juri naturæ magis convenire putat, ut fœtus communicetur cum domino maris, ſi is non ignoretur; ego tamen in veterum ſententiam concedo, ob rationes, quas jam memoravi.

TEX-

Digitized by Google

Textus.

De alluvione.

20. *Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Eſt autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non poſſit, quantum quoque temporis momento adjiciatur.*

Notæ.

20. *Quod per alluvionem*] *l. 7. §. t. 1. hoc tit. l. 1. C. de alluv.*

Agro tuo] Agri tamen limitati jus alluvionis non habent, *v. 16. h. t. leg. l. 2. §. de flum.*

Flumen] Ad diſcrimen lacuum & ſtagnorum, in quibus jus alluvionis non agnoſcitur, *l. 12. h. t.*

Incrementum latens] Lucrum minutatim, obſcurè, ἢ ἀνεπαισθήτως increſcens, ex quo hujus acquiſitionis defenditur æquitas.

Commentarius.

1 *Juri alluvionis locum eſſe in agris arcifinis, non in agris limitatis, aut certa menſura comprehenſis.*

2 *Quid de alluvionibus juris ſit in his regionibus.*

POteſtate rei noſtræ etiam ea jure gentium acquirimus, quæ rebus noſtris ita accedunt, ut iis cohæreant, atque ab iis trahantur: unde hoc genus acquiſitionis acceſſio appellatur. Acceſſio hæc contingit vel facto & opera hominis, de quo genere *inf. §. ſi tamen 26.* & multis *ſeqq. eod.* vel citra eam, naturali operatione & beneficio fluminis. Atque hoc modo quatuor rerum genera nobis acquiruntur, quæ latenter per alluvionem à flumine agris noſtris adjiciuntur; quæ aperta vi fluminis de alieno avulſa cum prædio noſtro unita ſunt; inſula in flumine nata; alveus à flumine relictus; quæ & totidem §§. ordine explicantur ex Cajo *l. 7. §. præterea & ſeqq. eod.* & primum quidem genus in textu propoſito. In Cod. etiam tit. eſt *de alluvionib.*

1 *Agro tuo*] Arcifinio ſcilicet, qui non alium finem ea parte habet, quàm naturalem, id eſt, ipſum flumen: nam agros limitatos alluvionem non habere diſertè traditum eſt *l. in agris 16. eod. & fac leg. t. §. ſi inſula 6. de flum.* Quantum autem ex *d. l. 16.* colligere licet, ager limitatus dictus fuit, ager ex hoſtibus captus, & deinde à populo vel Principe privatis ita poſſidendus datus, ut certis limitibus ſive finibus jus poſſeſſoris circumſcriberetur, ut ſciretur, quòd extra hoſce fines eſſet, id publicum manere; ſive quid accreviſſet poſtea, id populo accreſcere, *vid. Don. 4. comment. 27. Giphan ad d. l. 16. Gonaan. 3. comm. 5.* qui hunc locum præ cæteris illuſtrat ex Aggen. & Jul. Frontino *de qualit. agror. & controverſia limit.* Limitatis agris ſimiles ſunt, qui certa menſura comprehenduntur, pariſque in hac re juris cum limitatis eſſe debent, ut jus alluvionis non habeant, cùm poſſeſſores eorum ultra aſſignatum modum nihil poſſidere poſſint, *d. loc. Grot. 2. de jur. bell. c. 8. n. 12.*

Flumen adjecit] Ad differentiam lacuum & ſtagnorum, in quibus jus alluvionis non agnoſcitur. Etenim ut ſola flumina fluxum & motum naturalem habent, quò fit, ut ripas ſuas & terminos ſæpè mutent, ita & ſola alluvionem admittunt. Lacus autem & ſtagna licèt interdum creſcant & decreſcant: tamen quia terminos ſuos retinent, alluvionem natura non recipiunt, *l. g. lacus 12. eod.*

Incrementum latens] Alluvionem dicit eſſe incrementum latens, cùm quid ita paulatim & obſcurè prædio noſtro adjicitur, ut ſenſu percipi non poſſit, quantum quoque temporis momento alterius prædio detrahatur, & adjiciatur noſtro, αὔξησις ἀνεπαισθήτως. Ex quo creſcit hujus acquiſitionis æquitas: nimirum quòd quæ alluvione accedunt, ita lentè & obſcurè detrahantur, ut intelligi non poſſit, ſi fortè de his reſtituendis quæratur, quorum prius fuerint, aut quibus detracta. De alluvionibus ex profeſſo ſcripſerunt Bart. *p. t. tract. Tyberiad.* & Baptiſta Aymus tribus libris. In hac regione quid de alluvionibus juris ſit, certa aut generali definitione comprehendi non poteſt. Principis nomine contenditur, alluviones, ut ſequelas & appendices fluminum, jura eſſe ſolius fiſci. Alii contra id negant, eſtque hæc res admodum dubia propter diverſitatem conſuetudinum & rerum
judicatarum. Planè in meridionali parte Hol- 2
landiæ nemo pridem repertus eſt, qui jus alluvionis ſibi vindicaret, niſi qui diceret, id à Principe ſibi eſſe conceſſum, aut agrum aſſignatum eo jure, quo Princeps eum habebat, id eſt ad flumen uſque: uti olim judicatum eſt de agris ad Moſam & Iſalam ſitis, quia & in litteris mancipationum & in libris cenſualibus ſemper dicti erant ad flumen pertingere. Illud conſtat, agros, qui à Principe alicui conceduntur, certa menſura definiri, jus alluvioni non habere, & quod extra eam menſuram alluvione accedit, id acquiri fiſco. In Zelandia vaſallis de alluvionibus non movetur controverſia, ne iis quidem, qui de civilibus tantùm judices dant, propterea quod cum juriſdictione ſimul acceperunt agrorum univerſitatem, ſalvo eo, quod privatis competit. Nam quoniam hi agri olim populi aut Principis fuerunt, aut à Principe ſiccati, vaſalli idem juris conſequuntur, quod populus aut Princeps habuit, *vid. Gro. 2. manud. 9. & lib. 2. de jur. bell. c. 8. n. 12. & 15. add. Groenew. de legib. abrog. hic.*

Digitized by Google

TEXTUS.

De vi fluminis.

21. *Quòd ſi vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit, palam eſt, eam tuam permanere. Planè, ſi longiore tempore fundo vicini tui hæſerit; arboreſque, quas ſecum traxit, in eum fundum radices egerint: ex eo tempore videntur vicini fundo acquiſitæ eſſe.*

NOTÆ.

21. *Tuam permanere*] *leg.7. §.2. D. hoc tit.* Ratio eſt, quia manet eadem ſpecies, nec tua culpa aut negligentia, ſed violentia fluminis avulſa eſt.

Radices egerint] Quod eſt argumentum coalitionis. Cæterum etſi nulla arbor in parte detracta fuerit, tamen poſtquàm ea coaluit, & unitatem cum terra noſtra fecit, noſtra eſſe incipit, *l.9.§ 2. D. de damn. inf.*

Videntur acquiſitæ eſſe] In Flor. numero ſingulari, *videtur meo fundo acquiſita eſſe*, quam lectionem flagitat ipſe contextus: cum ſi numero plurativo legas, mutetur ſubjectum quæſtionis. Verum tamen eſt & arbores jus partis adjectæ ſequi.

COMMENTARIUS.

1 *In calce hujus §. pro videntur acquiſitæ, &c. omnino legendum eſſe numero ſingulari, videtur acquiſita, &c.*

2 *An poſtquàm pars detracta coaluit, adhuc priori domino ſuperſit actio ad pretium conſequendum.*

PRoponitur hic altera acceſſionis ſpecies, quæ à flumine eſt, & earum rerum, quæ non latenter, ſed vi fluminis aperta alieno prædio detractæ & in vicinum invectæ ſunt. Hæc à ſuperiore illa multum differt. Nam ſi pars terræ integra à vicino agro vi fluminis avulſa ſit, & noſtro prædio adjecta, ea non ſtatim nobis acquiritur, ut acquiruntur, quæ latenter flumen adjicit per alluvionem: ſed quamdiu nondum coaluit, & unitatem cum terra mea fecit, manet ejus, cujus ante fuit: quia manet eadem ſpecies ſeu idem individuum, ut loquuntur aut, ut clariùs loquar & noſtro more, quia, cum nondum coaluit, partem prædii mei non facit, ut ei cedere debeat. Ubi verò coaluit, & tamquam trabali clavo agro meo affixa eſt, jam ut pars fundo meo cedat neceſſe eſt, & mihi jure acceſſionis acquiritur. Hujus igitur acquiſitionis flumen ex parte tantùm cauſa eſt, & remotior: proxima & potiſſima coalitio.

Videntur vicini fundo acquiſitæ] Locus mendoſus eſt, & reſtituendus ex Pand. Florentinis, in quibus legitur numero ſingulari, *videtur vicini fundo acquiſita*, *l.6.§.2. hoc tit.* quam lectionem flagitat ipſe contextus, cùm ſi numero plurativo legas, mutetur ſubjectum quæſtionis. Non enim de arboribus cũ parte fundi avulſis & translatis quæſitum fuit, ſed de parte avulſa dumtaxat, & prædio alieno adjecta: cumque hac avulſione Juſtinianus & Gajus initio negẽt partem illam ſtatim, amitti aut acquiri, quis non videt, quòd mox ſubjiciunt de acquiſitione, ubi pars detracta cum prædio, cui adjecta eſt, coaluit, de partis ipſius, non de arborum, ſi quæ forte ſimul avulſæ & translatæ fuerint, (quamquam & ipſæ juris partis adjectæ ſequuntur) acquiſitione eſſe intelligendum? Et quid ſi nulla arbor in parte detracta fuerit? an dicemus, partém detractam ſine arboribus coaleſcere & uniri cum prædio, cui adjecta eſt, non poſſe? An verò coalitionem hanc non mutare cauſam domini? quorum alterum manifeſtè falſum eſt: alterum falſum eſſe ex Alfeno nos docet Ulpian. *l.5.§.2. de damn. inf. quæ.* Mirum eſt, Cujacium, Hotomannum, Pacium, alioſque, qui hunc locum πληθυντικῶς, ut vulgò legitur, legendum etiam contendunt, non conſideraſſe. Igitur ut rem in pauca conferam, portio fundi ita uti diximus detracta & noſtro fundo adjecta, ſi tamdiu fundo noſtro adhæſerit, ut coaluerit cùm eo, & quod argumentum eſt coalitionis evidentiſſimum, arbores, quas fortè ſecum traxit, in fundum noſtrum radices egerint, ex eo tempore nobis quæſita intelligitur.
Alia quæſtio eſt, an poſt coalitionem adhuc ali-
qua actio ſuperſit priori domino, ſaltem pretii
conſequendi gratia, cùm iniquum videatur,
quemdam locupletari cum alterius damno,
quod ſine culpa ejus contigerit: ut in propoſito,
in quo quæritur de parte agri non negligentia
poſſeſſoris amiſſa, ſed abrepta violentia fluminis,
hoc eſt, vi majore, ne quis poſſeſſori objicere
poſſit, quod ripam ſuam tueri debuit. In contra- 2
rium tamen dici poteſt, partem abreptam, non
ſtatim ut abrepta eſt, & in fundum meum, licèt
munere quodam fortunæ, appulſa, meam fieri:
ſed poſt longum demum tempus, poſtquàm tamdiu hæſerit, ut jam cum terra mea unita ſit: ac proindè ut prior poſſeſſor cauſetur violentiam amnis, objici tamen ei poſſe, quod partem avulſam, cùm poſſet, non vindicaverit, ſed tamdiu paſſus ſit eam hærere fundo alieno, ut tandem cum eo coaluerit, & unum facta ſit, ut ipſe quodammodò eam alienaſſe videatur, ſicut de eo reſponſum eſt, qui rem ſuam patitur uſucapi, *l. alienationis 28. de verb. ſign.* ita fermè & *D. Tulden. hic cap. 26.* Planè qui facto alieno rem ſuam hoc jure inviti miſerunt, iis ſuccurri ſolet vel utili actione in rem, *l.5.§.3. de rei vind. l. qua ratione 9.§.2. hoc tit.* vel, quæ actioni in rem ſubſidiaria eſt, actione in factum, *l. in rem 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* pretii nimirum conſequendi cauſa: Atque ita propemodum hæc quoque explicaverunt antiqui, teſte Jo. Fabro. Gloſſa in *d. l. 5. §. 3. de rei vind.* parum ſibi conſtat,

TEX-

Digitized by Google

TEXTUS.

De Inſula.

22. *Inſula, quæ in mari nata eſt (quòd rarò accidit) occupantis fit; nullius enim eſſe creditur. At inſula in flumine nata, (quod frequenter accidit) ſi quidem mediam partem fluminis tenet, communis eſt eorum, qui ab utraque parte fluminis propè ripam prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cujuſque prædii, quæ propè ripam ſit. Quòd ſi alteri proximior ſit parti, eorum eſt tantùm, qui ab ea parte propè ripam prædia poſſident. Quòd ſi qua parte diviſum ſit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam inſulæ redegerit, ejuſdem permanet is ager, cujus & fuerat.*

NOTÆ.

22. *Quod rarò accidit*] Propter nimiam maris altitudinem, tum etiam propter perpetuam æſtuum reciprocationem. Interdum tamen in medio mari emergunt. v. Plin. 2.*cap*.85. *& ſeqq.* & alios all. à Fabrot. & Grot. *in ſp. flor.*

Occupantis fit] *d.l.*7.§.3.*hoc tit.* juxta regulam, *Quod ante nullius eſt, &c.*

Siquidem mediam partem, &c.] Inſula in flumine nata communis eſt eorum, qui utrinque finitima prædia poſſident pro cujuſque prædii fronte ac modo, *d.l.*7.§.3. dum ne agri ſint limitati, *l.*1.§.6. *de flum.*

Alteri parti proximior] Si inſula cis aut ultra medium amnem enata ſit, ſiquidem contra frontem unius prædii, cui propior eſt, tota acquiritur hujus fundi domino; ſi ita, ut fronti plurium agrorum ſit oppoſita, communis ſit omnium, qui ſecundùm eam ripam, in quantum inſula porrigitur, habent, *d.l.*7.§.3.*l.*29.*l.*30. *l.*56. *eod.*

In formam inſulæ] Ποταμοῦ κύκλῳ περιῤῥέοντος. Igitur ager non mutat cauſam proprietatis circumluvione, *d.l.*7.§.4 *l.*30.§.3.*eod.* Sed & inſula, quæ alveo non cohæret, huc non pertinet. *l.*65. §.2. *eod.* ubi in §.*ult.* pro *ſi id*, leg. *non ſi id*, ut præcedentia evincunt. v. Accurſ. ibid.

COMMENTARIUS.

1 *Cur rarò accidat, ut in mari inſula naſcatur.*
2 *Cur frequenter in flumine.*
3 *Inſulam in flumine natam non publicam eſſe, ſed privatam vicinorum poſſeſſorum.*
4 *Nec tantùm proprietate, ſed etiam uſu.*
5 *Pro qua parte cuique vicinorum acquiratur.*
6 *Non occupationis, ſed acceſſionis jure acquiſitionem defendi.*
7 *Mores hodiernos hic variare.*

TErtium rerum genus, quod jure acceſſionis acquirimus, eſt inſula in flumine nata vado cohærens: de qua ſpecie acquiſitionis ex profeſſo tractatur hoc §. Adſpergitur initio aliquid de arquiſitione inſulæ in mari natæ, uti & apud Gajum *l.*7.§. *eod.* unde hic locus ſumptus eſt: ſed per occaſionem dumtaxat; nec huc pertinet, ſed ad primum genus acquiſitionis juris gentium, occupationem.

Quod rarò accidit] Partim, ut credibile eſt,
propter nimiam maris altitudinem, partim pro-
pter perpetuam æſtuum reciprocationem: unde 1
fit, ut nec locus alvei marini facilè ſiccus relinquatur, nec pars alvei extra mare attolli poſſit: nam ſi quid acceſſu attollatur, id receſſu iterum dejicitur & complanatur, efficitque jugis iſta reciprocatio, ut eamdem faciem fundus maris ſemper retineat. Terræ tamen motu interdum inſulas in mari repentè emergere teſtatur Plinius, velut paria ſecum faciente natura, quæque hauſerit hiatus, alio loco reddente: interdum eodem motu recedente maris novas terras in continente naſci, cum idem ille ſpiritus attollendo potens ſolo non valet erumpere, *lib.2.nat.hiſt.cap.*85.*& 2. ſeqq. Grot. flor. ſpar. hic Fabrot. ad Theoph.*

Quod frequenter accidit] Plinius *d.cap.*85. ſcri-
bit, fluminum invectu id fieri: nimirum quia flu-
mina fere limoſa ſunt, & multis plerumque locis 2
vadoſa, ſæpè accidit, ut limus, quem ſecum trahunt, & alia limo illita vado hæreſcant & adglutinentur, quibus paulatim auctis locus ille alvei tandem ſupra flumen eminere incipiat. Livius *lib.*2. refert, cùm Romani mediis caloribus campi Martii ſegetem meſſi maturam & cum ſtramento deſectam (quia religioſum erat conſumere) in Tiberim tenui tum aqua fluentem effudiſſent, inſulam inde enatam eſſe firmam templis quoque & porticibus ſuſtinendis. Sed neque conſtans eſt fluminis curſus, ſicut eſt maris; neque, ut mare, fluxum & refluxum habet. Quæ omnia conſideravit Pomponius *l. ergo* 30.§.2.*hoc tit.* cum ſcribit inſulam in flumine fieri tribus modis: uno, cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit: altero, cum locum aliquem, qui alvei eſſet, ſiccum relinquit, & circumfluere cœpit: tertiò, cum paulatim colluendo locum eminentem ſupra alveum facit, eumque alluendo auxit. Adhæc aliquando evenit, quod Paulus notat, *l.pen.*§.2. *eod.* ut ex virgultis aliave qualibet levi materia, in ſuperficie fluminis concreſcente, inſula exiſtat, quæ ita ſuſtineatur in flumine, ut ſolum ejus non tangat.

Siquidem mediam partem, & quæ ſequuntur] Tria ferè ſunt, quæ de arquiſitione inſulæ in flumine naſcentis quæri poſſunt; cui, quatenus, & quo jure ſeu qua juris ratione, acquiratur. Cæterum ſciendum eſt, non de omni inſula, quæ in flumine facta ſit, hæc quæri: ſed de ea dumtaxat, quæ nata aut facta ſit in alveo aut ex alveo fluminis. Nam primò cauſam proprietatis non mutat is ager, qui cùm alvei non eſſet, ab amne circumfluo, Ποταμοῦ κύκλῳ περιῤῥέοντος, in formam inſulæ redactus eſt, *d.l.*7.§.4.*d.l. ergo*, §.2.*hoc tit. & hoc* §.*in fin.* Deinde quæ in flumine nata eſt, fortè ex

vir-

virgultis, aliave materia, quam temerè flumina terunt, ita ut alveo non cohæreat, ea publica eſt, & ejuſdem ferè juris, cujus eſt ipſum flumen, *d.l. pæn.§.2.eod.* De ſola igitur ea inſula, quæ alveo fluminis cohæret, ſive lenta colluvione in eo enata ſit, ſive circumluvione partis, quæ alvei eſſet, facta, quæritur primùm, cui ea jure gentium acquiratur. Et ait Juſtinianus hic poſt Gajum, *d.l. 7.§ 3.eod.* eam fieri privatam eorum, qui propè flumen, in quo nata eſt, prædia poſſident: quod & Pompon. affirmat, *d.l.ergo 30.§.2.eod.& Ulp. l.1.§.inſula 6. de flum.* ſatiſque intelligitur ex iis, quæ diſputantur à Paulo *l. inter 29.* & Proculo, *l.inſula 56. hoc tit.* Cui tamen ſententiæ contrarium eſt, quod apud Labeonem, *l pen.§ ult.eod.* vulgò ſic legitur; *Si id, quod in publico innatum aut inædificatum eſt, publicum eſt; inſula quoque, quæ in flumine publico nata eſt, publica eſſe debet.* Sed cùm hoc è diametro pugnet cum ſuperioribus locis, adeòque cum iis quoque, quæ ipſe Labeo de proprietate inſulæ diſſerit in *§§.præced. d. l. pen.* quid dubitamus cum Hotomanno *lib. 1. obſ.13.* aſſerere, locum iſtum depravatum eſſe, & legendum; *Non ſi id, quod in publico innatum, &c.* ut hic ſit ſenſus; quamvis id, quod in publico naſcitur aut ædificatur, publicum fiat, (de ædificio in publico poſito id teſtatur Ulpian. *l.2. §. ſi quis 17. ne quid in loc. publ.* nam ideò ſolarium ei imponitur) tamen inſulam in flumine publico natam, publicam non fieri, ſed privatam; quod ipſe Labeo jam aliquoties ante dixerat. Hotomannum temeritatis arguit Cujac.14.*obſ.*11. Sed ego Accurſium etiam invenio teſtantem, eodem fermè modo legi & in veteribus nonnullis exemplaribus: atque ut hac auctoritate deſtituamur, non aliam lectionem admittit ratio juris, à qua toto cœlo aberrat Cujac. *d. loc.* eumque ſecutus Pac. *cent.6. quæſt.93.* quamquam uterque de uſu tantùm Labeonem intelligit; de quo mox. Sunt qui hunc Labeonis locum accipiunt de eo caſu, quo prædia prope ripam publicam, puta ſi inſula naſcatur in Tyberi, eo alvei loco, quo Romam interfluit. Sed argumentatio Labeonis hujuſmodi reſtrictionem non videtur pati. Planè in agris limitatis huic acquiſitioni locus non eſt, quia nec alluvioni, ſed occupantis inſula fit, *leg.1.§.ſi inſula 6.de flum.* Videamus nunc, inſula in flumine nata quatenus vicinis poſſeſſoribus acquiratur. Et de eo duplex quæſtio eſt; una, utrùm proprietate dumtaxat, an verò etiam uſu; altera, pro qua parte cuique vicinorum acquiratur, quæ pluribus communiter acquiritur. Ad primam
4 quod attinet, ſic omninò habendum, inſulam in flumine publico natam, ſi vicina prædia alluvionis jus habent, non proprietate tantùm, verùm uſu etiam dominis vicinorum prædiorum acquiri: ideòque eos ſolos ſementem in ea facere, arbores plantare, fructus ibi natos percipere poſſe: nec ſi quid aliud in ea faciant, aut quid in eam immittant, id in publico, ut in ripa, fieri intelligi, *d.leg. 1. §. ſi inſula de flum.* Et verò ſi uſum inſularum publicum eſſe volumus, inutilis prorſus futura eſt eorum proprietas, *d.l.pen.§.1.* neque quiſquam eſt veterum, cui aliud in mentem venerit. Nam quòd Paulus Labeonem reprehendit, quòd ſcripſerit, id inſula fluminis, quæ propria noſtra eſt, nihil eſſe publici, id non videtur ſatis bona fide facere: ut alibi nonnunquam, quam, *l. ult. de leg. Rhod. l.ult. de uſur. l.pen. de furt. Pet.Fab. ad l.145. de reg. jur.* Neque enim Labeo ignoravit, partes inſulæ extremas, quæ vicem riparum circumcirca obtinent, uſu publicas eſſe, ut juris eſt in continente; ſed de inſula reſpondit, non conſiderata inſulæ ora extrema. Quid quod Paulus hac ipſa reprehenſione tacitè fatetur verum eſſe, quod Labeo dixerat, cum crepidinem dumtaxat excipit, cujus uſum, ut riparum, publicum eſſe dicit, videlicet ut naves eò appellere, retia ibi ſiccare, funes arboribus ibi natis religare, aliaque id genus facere, ſicut in ora continentis, cuique liceat: quod Labeo non negaverat. Alterum, quòd hic quæritur, eſt, pro qua parte inſula vicinorum fiat. Et, 5
ſiquidem in medio fluminis alveo enata ſit, communis fit eorum, qui prope utramque ripam poſſident: ſin cis aut ultra medium amnem, ſiquidem contra frontem unius prædii, cui propior eſt, tota acquiritur hujus prædii domino: ſi ita ut fronti plurium agrorum ſit oppoſita, communis ſit omnium, qui ſecundùm eam ripam, in quantum inſula porrigitur, habent, *hoc §. & d.l. 7.§.3.eod.* Communem autem fieri inſulam cum dicimus, non intelligimus, eam communem fieri pro indiviſo, uti ſolemus, cùm propriè loquimur; *l.5.de ſtip.ſer. l.5. §.ult. de reb.eor. qui ſub tut.* ſed regionibus diviſis, pro fronte, hoc eſt, latitudine cujuſque fundi, quæ prope ripam ſit, ut tantum quiſque in ea habeat certis regionibus, quantum ante cujuſque eorum ripam eſſe linea in directũ per inſulam tranſducta apparebit, *l. inter eos 29. hoc tit.* Et quia frontem, non interiorem latitudinem, hic ſpectari placet, rectè reſpondit Pompon. *d. leg. ergo pr. hoc tit.* ſi interiorem partem fundi, ad cujus frontem inſula, quæ accrevit, non reſpicit, vendidero, nihil ex ea inſula pertinere ad emptorem: nimirum quia nec ab initio quicquam ejus futurum fuerat, ſi jam tum, cùm inſula naſceretur, partis vẽditæ dominus fuiſſet. Enim verò, quod inſulæ meæ poſtea accedit, id incrementũ, etiam ſi faciem inſulæ mutet, meum tamen eſt; quia rei meæ accedit: ut ecce; Inſula contra frontem agri mei enata eſt, cujus latitudo non excedit regionem prædii mei; poſteà alluvione paulatim aucta proceſſit cõtra frontem ſuperioris & inferioris vicini, vel etiam propior eſſe cœpit adverſæ ripæ: quod alluvione poſteà acceſſit, id meum eſt: & ita Proculus reſpondit, *l. inſula 56.eod.* Similem rationem habent, quæ Paulus diſputat, *l.pen. §.pen. eod.* & idem Proculus *d.l.inſula* §.1. Hoc igitur conſtituto, inſulã in flumine natam dominis vicinorum acquiri, reſtat ut videamus, qua juris ratione iis acquiratur. Nam video eſſe, qui jure quodam occupationis hoc fieri exiſtimant, quòd primi eam occupave-

xi

Digitized by Google

6 ri videantur. Sed hoc nullo modo admitti debet alioqui eadem ratione dicendum eſſet, etiam inſulam in mari natam eorum fieri, qui propè litrus prædia poſſident, & in flumine natam etiam eorum, qui ad ripam poſſident agros limitatos, quòd utrumque falſum eſſe conſtat. Ego non aliā hujus acquiſitionis rationem eſſe arbitror, quàm quod inſula alvei pars ſit, alveus pars cenſeatur vicinorum prædiorum: ac proindè ut alveus totus nudatus vicinis acquiritur, ita & partem ejus nudatam, id eſt, inſulam in eo natam, iiſdem acquiri, jure ſcilicet acceſſionis. Et inſulam quidem partem alvei eſſe conſtat. At abſonum videri poteſt, quòd alveum partem eſſe dicimus vicinorum prædiorum, cùm alveus publicus ſit eodem jure, quo ipſum flumen, *l. 1. §. ſimili 7. de flum. §. ſeq. inf. hoc tit.* ut contra potiùs dicendum videatur, inſulā quoque, quæ alvei pars eſt, publicam fieri oportere. Sed ſciēdum eſt, alveum non ſimpliciter publicum eſſe, ſed quatenus à flumine tenetur, eoque per flumen populus utitur, nudatum flumine privatum fieri vicinorum: nihil autem intereſſe, ut Pomponius huic objectioni occurrens reſpondet, utrùm de alvei ſolo mutato, an de eo, quod ſuperfuſum ſolo & terræ ſit, quæratur; hoc eſt, utrùm quæratur de toto alveo mutato & à flumine relicto, an de inſula in alveo nata: quippe ſufficere, ea parte, qua inſula extitit, alveum à flumine non teneri, *d. l. ergo §. 1. & 2.* Neque verò flumen interfluens impedit, quominùs inſula vicinis ripæ agris per alveum jungatur atque accedat, non magis quàm via publica inter alveum, & vicina prædia interjecta impedit, quominùs alveus ſiccatus acquiratur his, qui ſecundùm eam viam poſſident, *l. Attius 37. eod.* Etenim ut via publica pars prædii vicini exiſtimatur, *d. l. Attius in fin.* ita & alveus iter medius flumini ſubjectus. Atque hoc manifeſtiſſimum argumentum eſt, alveum etiam tum, cum adhuc flumine occupatur, partem quadantenus cenſeri vicinorum prædiorum. Æquitatem porrò hujus acquiſitionis augent incommoda vicinorum: nam quantum loci inſula occupat, tantum de locis finitimis flumen decerpit, iiſque ſolis detrimento eſt, in quorum agros curſus ejus depellitur. De inſula extat tractatus Bartoli, cujus in dimetiendo errores notarunt Mathematici. Buteo in *lib. de fluv. inſul.* & Magius *4. miſcel. 2. add. Cæpoll. de ſerv. ruſt. præd. c. 33.*

7 Apud nos, quamquam videri poterat inſularum in flumine natarum eadem propemodùm ratio eſſe, quæ eſt ejus, quod per alluvionem adjicitur, certius tamen hic eſt jus fiſci, quàm in alluvione, teſte *D. Grot. 1. manuduc. c. 9.* Nec mirum, cùm & alvei exſiccati eadem ferè, quæ alluvionis, ratio ſit: quem tamen conſtat Principi olim aſſignatum fuiſſe, ut pleraque alia πλωθευτικῶς, idemque in Gallia quoque obſervari, ex Bern. Autom. refert Chriſtin. *vol. 4. deciſ. 86. num. 8.* In agro tamen Putteno ex veteri conſuetudine prædio alluvionem habenti accedit id, quod poſſeſſor pedes gladium exſertum tenens pertingere poteſt. In Geldria moris eſt, ut vicinis poſſeſſoribus acquiratur id, quod plauſtro onerato adiri poteſt, addita tamen occupatione: alioqui fiſcus prævertere poteſt, D. Grot. *d. loc.*

Textus.

De Alveo.

23. *Quòd ſi naturali alveo in univerſum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit; prior quidem alveus eorum eſt, qui propè ripam ejus prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cujuſque agri, quæ propè ripam ſit: novus autem alveus juris eſſe incipit, cujus & ipſum flumen eſt, id eſt, publicus. Quòd ſi poſt aliquod tempus ad priorem alveum reverſum fuerit flumen, rurſus novus alveus eorum eſſe incipit, qui propè ripam jus prædia poſſident.*

Notæ.

23. *Quòd ſi naturali alveo*] Ex *dict. l. 7. §. 5. eod.* in agris limitatis nec hoc obtinet, *l. 1. §. 7. de flum.*

Rurſus novus alveus] Poſtulat hoc ſtricta ratio: ſed æquitas ſæpè aliud ſuggerit, & hoc ſignificat Caj. *d. l. 7. §. 5.* cum ait vix eſſe, ut hoc obtineat. Obtinet tamen aliquando, quod ex circumſtantiis edicandum, *v. d. l. 30. §. 8. leg. 38. h. t. l. 23. quib. mod. uſ. am.*

Commentarius.

1 *Alveum fluminis extra uſum publicum exiſtimari partem vicinorum prædiorum; & ideò ſiccatum prædiis cedere.*
2 *Si vicini agri limitati ſint, primi occupantis alveum deſertum fieri.*
3 *Pars alvei ſiccati quando apud nos privatorum fiat.*
4 *An aliquando priori domino alveus flumine iterum recedente reſtituendus.*

Quartò & poſtremò eodem jure, & ratione
proximis poſſeſſoribus pro modo latitu-
dinis cujuſque prædii, quæ propè ripam ſit,
adjicitur alveus à flumine relictus, nempe vi
& poteſtate prædiorum, quibus ipſis hæc ac-
quiſitio tributa, propter vicinitatem, & pro-
pter prædia, prædiorum dominis. Atque ut 1
hìc quoque paucis rationem hujus juris, &
acquiſitionis tibi explicem, dixi paulò ante,
alveum fluminis extra uſum publicum à vete-
ribus exiſtimatum fuiſſe partem prædiorum
vicinorum, quaſi olim iis detractum: argu-
mento eſſe, quod placet, inſula manente
adhuc alveo in flumine natam vicinorum eſ-
ſe: quòd profectò non fieret, niſi alveus,
cui inſula cohæret, & ipſe vicinorum præ-
diorum pars intelligeretur: nam prior eſt al-
vei

Digitized by Google

vei ratio, quàm inſulæ, quæ conditionem al
vei ut pars ejus ſequitur. Ad hanc ſententiam
confirmandam *Don.4. comm.28.& Bachov.* hic af
ferunt locum Pomponii *l.ergo 30. §. 1. hoc tit.* Et
ſanè quidem rectè, ſed non video comparatio-
nem illam ſimilium, qua, quod illi fingunt,
Pomponius utatur, conferens alveum cum ri-
pa, aut ſolum alvei cum ripæ ſolo. Simplex eſt
Pomponii ſententia, ripæ ſolum privatum eſſe;
eorum ſcilicet, qui propè ripam habent pro-
prium: uſum autem ejus publicum intelligi: &
ideò cum exſiccatus eſt alveus, proximorum fie-
ri, hoc eſt, ſolum ripæ etiam uſu proximorum
tum eſſe incipere, quia jam populus eo non uta-
tur, nempe ſolo ripæ, de quo ſermo inſtitutus
erat. Cæterum ratio hujus conſolidationis non
magis ad ripam, quàm ad alveum pertinet. Nam
ut uſus ripæ, licèt ea privata, & vicini prædii
pars ſit, publicus eſt, propterea quòd populus
flumine uti ſine ripa commodè non poteſt; ita &
uſus alvei, licèt ſolum ejus privatum intelliga
tur, & pars prædiorum quæ ad ripam jacent,
publicus eſt, quia ſine alveo populus flumine uti
non poteſt. Rurſus ut ripæ uſus exſiccato alveo
ad proprietatem redit, quia jam populus ripa
ampliùs non utitur; ita & uſus alvei, quem flu-
men abſtulit, recedente flumine ad proprieta-
tem, quæ penitùs ablata non fuit, revertitur,
quia jam alveo populus ampliùs non utitur. Hoc
intereſt, quòd proprietatis ripæ aliqua poteſt
eſſe utilitas, alvei, quamdiu à flumine tenetur,
planè nulla: quæ cauſa eſt, quòd alveus, non ſe-
cus ac flumen ipſum, publicus dicatur, *l. 8. §.
quod ſi 5. hoc tit. l. 1. §. ſimili 7. de flum. & hoc tex.*
Juvant jus de hac acquiſitione conſtitutum in-
commoda fluminum, quæ multa & magna acco
læ pati coguntur, inundationes, avulſiones agro-
rum &c. quæ ſi vitare volent, ripas ſuas magno
ſumptu muniant neceſſe eſt. Ferant igitur & com-
moda fluminum, ſi qua ſint, juxta regulam na-
turalis æquitatis, *l.10. de reg. jur.* Cæterùm quod
2 in præcedentibus diximus, agros limitatos jus
alluvionis non habere, ac proindè nec inſulam
propè ripam eorum natam poſſeſſoribus jure vi-
cinitatis acquiri, ſed fieri occupantis, idem
etiam obtinet in alveo relicto, ſi vicini agri limi-
3 tati ſunt, *l. 1. §. ſimili 7. de flum.* Apud nos, ut
jam intelleximus, alveus in totum derelictus fi-
ſco acquiritur: at pars alvei ſiccata interdum,
privatis, ſi videlicet à populo, aut jus populi
habentem, agrum ad flumen excurrentem qua
talem acceperint.

*Novus alveus ejus juris eſſe incipit, cujus eſt ip-
ſum flumen*] Sicut alveus flumine deſtitutus pri-
vatus fit, ita novus, quem ſibi flumen fecit, fit
publicus: nam impoſſibile eſt, ut alveus flumi-
nis publici non ſit publicus, ait Ulp. *l. 1. §. ſimili
7. de flum. & D. l. 7. §. 5.* Pertinet huc illud Pom-
ponii in *d. l. ergo 30. §. 3 hoc tit. Flumina*, inquit,
*cenſitorum vice funguntur, ut ex privato in publi-
cum addicant, & ex publico in privatum.* Cui ſimi-
le eſt quod apud Caſſiodorum legimus *lib. 3. va-
riar. Agrimenſor*, inquit, *more vaſtiſſimi fluminis
aliis ſpatia colit, aliis rura concedit*. Ita plerum-
que evenit, ut alios flumen ditet, alios pau-
peret. Lucanus:

> *Illos terra fugit dominos, his rura colonis*
> *Accedunt donante Pado.*

Rurſus novus alveus] Nam ager ille, qui fue-
rat, deſiit eſſe, amiſſa propria forma; &, cùm
prædiis, non perſonis, hæc acquiſitio tribuatur,
non poteſt is, qui vicinum prædium nullum ha-
bet, ratione vicinitatis quicquam in eo alveo ſi-
bi vindicare, *d. l. 7. §. quod ſi toto eod.* Atque hoc
quidem uſque efficit ſtricta juris gentium ratio:
ſed vix eſt, ut id obtineat, inquit Gajus *d. loco*.
Et utique non ſemper obtinere debet. Sæpè enim 4
æqui & boni ratio ſuadet, ut priori potiùs domi-
no alveus reſtituatur, quàm adjudicetur vicinis
poſſeſſoribus. Scholiaſtes Theoph. *κατ' ἀκρίβειαν [illegible] τὸν τόπον, κατ' δὲ φιλανθρωπότερον λογισμὸν ὁ δε-
σπότης ἀναλαμβάνει.* De quo haud facilè quid cer-
ti definiri poteſt, ſed ex circumſtantiis judican-
dum eſt. Finge flumen relicto naturali alveo
agrum alicujus occupaſſe (ſive paulatim ſive non
paulatim, nihil intereſt) ita ut novum hic ſibi al-
veum quæſiſſe videatur; deinde nec ita multo
poſt tempore in veterem locum ſubito atque eo-
dem impetu, quo perruperat, ſe recepiſſe: æ-
quiſſimum eſt, agrum receſſu fluminis reſtitutum
ad priſtinum dominum reverti, licèt formam
agri impetus fluminis abſtulerit, *d. l. 7. §. quod ſi
in fin. d. l. ergo §. 1. hoc tit. l. ſi ager 23. quibus
mod. uſufruct. am.* quia hujuſmodi occupatio non
longè abeſt ab inundatione. At ſi flumen non eo-
dem impetu, quo venit diſcedat, ſed lentè &
minutatim recedendo alluvione in priſtinum
locum redeat, ſpatium illud alvei, quod ſiccum
poſt ſe ſenſim relinquit, non videtur priori domi-
no reſtituendum, ſed alluvione accreſcere pro-
ximorum prædiorum poſſeſſoribus, *leg. Attius
38. hoc tit. fac. l. 1. C. de alluv.* Atque ob hanc
cauſam arbitror Pomponium in *d. l. ergo, §. 3. &
d. l. ſi ager*, conſultò expreſſiſſe hæc verba, *eodem
impetu, Bart. tract. de alv. Bald in rubr. de rer.
div. col. 9. Peregrin. 8. de jur. fiſc. num. 59. D. Tuld.
hic cap. 25.*

TEXTUS.

De Inundatione.

24. *Alia ſanè cauſa eſt, ſi cujus totus ager
inundatus fuerit; neque enim inundatio
fundi ſpeciem commutat: ob id ſi receſſerit
aqua, palam eſt eum fundum ejus manere,
cujus & fuit.*

NOTÆ.

24. *Alia ſanè cauſa*] *D. l. 7. §. 6. h. t. l. 1.
§. 5. & 9. de flum.*

Neque enim inundatio fundi ſpeciem] Quia ſu-
bita intumeſcentis fluminis irruptione prædia
non comminuuntur, diſſolvuntur, aut excavan-
tur,

Digitized by Google

tur, ſed aqua dumtaxat operiuntur, *d. l.* 1. §. 9. *de flum.* Aufert tamen inundatio poſſeſſionem, *l.* 3. §. 17. *de acq. poſſ.* & uſumfructum, ita tamen, ut recedente flumine reſtituatur, *l.* 24. *quib. mod. uſ. am.*

COMMENTARIUS.

1 *Inundatio quid propriè ſit, & quæ ejus vis.*
2 *Quid circa inundationes apud nos receptum.*

INundatio propriè eſt, cum flumen imbribus vel nivibus, vel qua alia ratione auctum in vicinos campos ita ſe effundit, ut nec ripas nec alveum ſuum mutet, *l.* 1. §. *ripa de flum.* Hoc cum
1 ſit, ait Juſtinianus poſt Gajum, *l.* 7. §. *aliud ſanè* 6. *hoc tit.* fundi proprietatem non amitti: & ideò recedente aqua, fundum, qui occupatus fuerat non adjici vicinis poſſeſſoribus, ſed ejus manere, cujus ante inundationem fuerat. Et addit hanc rationem, quia inundatio fundi ſpeciem non commutat: quaſi dicat, non ut alveo facto propriam formam ager amittit, ita & inundatione: quippe alveum fieri diuturno lapſu fluminis & lenta excavatione agri, ut jam plana ejus facies ampliùs non appareat; inundatione autem uno ſubitaneo impetu prædia invadi, atque aqua cooperiri dumtaxat, non comminui, diſſolvi aut excavari, aut formam amiſiſſe dici poſſint, *d. l.* 1. §. *aliter* 9. *de flum.* Atque ut maximè ſumma pars agri in arenam diſſolvatur, manet tamen ſolida pars fundi interior: & ut de qualitate aliquid mutet, ſubſtantiam non mutat, non magis, quàm pars agri, quæ à lacu hauritur, cujus jus non mutari certum eſt. Igitur ad inundationes præſertim temporales & anniverſarias non pertinet, quod vulgò dici ſolet, *Occupatum ſequitur conditionem occupantis. Gloſſ. l. pen. de rer. diviſ.* Non obſtat *l. ſi ager* 23. *quib. mod. uſ. am.* quia non loquitur de ſimplici inundatione, cum flumen retento alveo extra ripas ſe effundit; ſed cum deſerto alveo toto impetu in agrum alicujus perrumpit, quaſi novum alveum quærens: hoc caſu placet proprietatem agri ita amitti, ut reſtituatur, ſi non facto novo alveo flumen ſe receperit, uti *in fin. ſup.* §. demonſtratum eſt. Obiter addo, quamvis inundatio cauſam dominii non mutet, poſſeſſionem tamen nobis auferre, *l.* 3. §. *Labeo* 17. *l. qui univerſas*, 30. §. 3. *de acqu. poſſ.* itemque ea jura quæ in facto perſonæ poſita ſunt, ut uſum & uſumfructum, *l. uſusfructus* 24. *quib. mod. uſ. amit.* ſed recedente aqua hæc omnia nobis reſtitui, *d. l.* 24. *l.* 1. §. *ſi quis* 9. *de itin. act. priv.* De
2 inundationibus, quæ crebræ apud nos ſunt, hoc jure in hac regione utimur, ut derelictus habeatur is ager, qui per decem continuos annos merſus fuerit, ſi non aliqua extent ſigna continuatæ poſſeſſionis: quod in genere receptum apud nos non immeritò eſt, quod Romani rejiciunt, *d. l.* 23. *quib. mod. uſ. am.* ut ſi aliter nequeat, vel piſcando retineri poſſeſſio cenſeatur. Sed ſolebant Principes tempus præfigere, intra quod veteres agrorum poſſeſſores ſiccare agros & novo aggere munire deberent: quibus ceſſantibus monebantur qui in eos agros jus pignoris habebant, deinde & hi, qui juriſdictionem aut imperium: qui ſi omnes in mora eſſent, eorum jus omne ad Principem deferebatur, atque is aut ipſe agros ſiccabat, ſuique patrimonii faciebat, aut aliis ſiccandos muniendoſque dabat retenta parte. *D. Grot.* 2. *manud. c.* 9. & 2. *de jur. bell.* 8. *n.* 10. *conſult. IC. Bat. part.* 2. *conſil.* 26.

TEXTUS.

De Specificatione.

25. *Quum ex aliena materia ſpecies aliqua facta ſit ab aliquo, quæri ſolet, quis eorum naturali ratione dominus ſit: utrum is, qui fecerit, an potiùs ille, qui materiæ dominus fuerit: ut ecce, ſi quis ex alienis uvis, aut olivis, aut ſpicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit: aut ex alieno auro, vel argento, vel ære, vas aliquod fecerit: vel ex alieno vino & melle mulſum miſcuerit: vel ex medicamentis alienis emplaſtrum aut collyrium compoſuerit: vel ex aliena lana veſtimentum fecerit: vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel ſubſellia fabricaverit. Et poſt multam Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem placuit media ſententia exiſtimantium, ſi ea ſpecies ad priorem & rudem materiam reduci poſſit, eum videri dominum eſſe, qui materiæ dominus fuerit; ſi non poſſit reduci, eum potiùs intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce vas conflatum poteſt ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci: vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel ſpicas reverti non poteſt: ac ne mulſum quidem ad vinum & mel reſolvi poteſt. Quod ſi partim ex ſua materia, partim ex aliena ſpeciem aliquam fecerit quis; veluti ex ſuo vino & alieno melle mulſum miſcuerit; aut ex ſuis & alienis medicamentis emplaſtrum aut collyrium; aut ex ſua lana & aliena veſtimentum fecerit; dubitandum non eſt, hoc caſu eum eſſe dominum, qui fecerit: quum non ſolùm operam ſuam dederit, ſed & partem ejuſdem materiæ præſtiterit.*

NOTÆ.

25. *Cum ex aliena materia*] Ex Cajo *d. l.* 7. §. 7. *hoc tit.* modus acquiſitionis per occupationem, *d. l.* 7. §. 7. *l.* 3. §. 21. *D. de acq. poſſ.*

Facta ſit ab aliquo] Suo ſcil. nomine, *d. l.* 7. §. 7. alioqui ejus erit, cujus nomine facta, *l.* 25. *l.* 27. §. 1. *eod.* addendum, & bona fide; aliàs perin-

Digitized by Google

perinde habebitur, ac ſi facta eſſet nomine domini materiæ, *l. 12. §. 3. D. ad exhib.*

Sabinianorum & proculian.] Illi putabant naturali rationi convenientius eſſe, ut qui materiæ dominus fuiſſet, idem quoque dominus eſſet ſpeciei ex ea confectæ, cùm ſine materia nulla ſpecies effici poſſet: hi contra, cum dominum eſſe, qui feciſſet, quia quod factum eſt, antea nullius fuerat.

Media ſententia] Caji *d. l. 7. §. 7. hoc tit.* Calliſtrati, *l. 12. §. 1.* Pauli *l. 24. & 26. eod.* Ulpian. *l. 5. §. 1. D. de rei vind.* ſic & aliàs auctores noſtri medium ſequuntur, *l. 3. ſi pars hær. l. 25. D. de pign. act. §. ult. infr. de vul. ſubſt.* imitatione Stoicorum, qui ob id Servio erciſcundi *μέσον ὁδὸν τέμνοντες*.

Ad priorem materiam reduci] Quia tum materia non interit, ſed poteriter manet, *l. 24. hoc tit. l. 78. §. 4. de legat. 3.*

Si non poſſit reduci] Quia hìc materia conſumitur atque extinguitur: & locum habet illud, *Dum incipit, quod non erat, deſinit eſſe, quod fuerat*, *l. 9. §. 3. D. ad exhib. l. 26. l. 27. §. 1. hoc tit.* Interim & domino materiæ conſultum actione in factum, qua conſequatur æſtimationem, *l. 23. §. 5. de rei vind.*

Vinum vel oleum] Vinum & oleum ſunt novæ ſpecies, quæ proprio nomine cenſentur, nec ad id quod eſſe deſierunt, reduci poſſunt.

Commentarius.

1 *Etiam hunc acquirendi modum ad occupationem referendum.*

2 *Speciem novam non acquiri facienti, niſi eam fecerit ſuo nomine & bona fide.*

3 *Quibus rationibus moti Proculus & Sabinus diverſum ſenſerint.*

4 *Mediæ ſententiæ auctorum diſtinctionem optima ratione niti.*

5 *Vinum & oleum non ita ſe habere ad uvas & olivas, ut frumentum ad ſpicas.*

6 *Etiam in ſpecie facta partim ex materia aliena, partim ex materia facientis, inſpiciendum, utrùm ea ad priorem materiam reduci poſſit, necne.*

Exponitur hìc alius modus acquirendi jure gentium dominii, ſpeciei novæ ex aliena materia formatio, quæ nunc vulgò uno nomine ſpecificatio dicitur. Sunt qui hunc acquirendi modum ad acceſſionem referunt: ſed perperam. Non enim nova illa ſpecies vi & poteſtate rei noſtræ nobis acquiritur, cùm ex aliena materia fiat: non ignorantibus nobis aut invitis; ſed noſtro ipſorum facto, qui rem alienam in aliam ſpeciem transformavimus: adeòque inconcinnum eſt dicere, materiam accedere formæ, quoniam hæc illam, non illa hanc præſupponit.
1 Quapropter hic modus potiùs occupationis quædam ſpecies videri debet; cùm id, quod factum eſt, ideò facienti concedatur, quia ante nullius erat, & tanquam occupanti, qui ſuo id nomine fecit. Utique quatenus obtinet ſententia Nervæ & Proculi, *l. 7. §. cum quis 7. in pr. hoc tit. l. 3. §. genera 21. de acq. poſſ.* Nam quatenus Sabini ſententia approbata eſt, aut ad acceſſionem res referri poteſt, aut potiùs dicendum, nullam tunc fieri novam acquiſitionem, cum D. Ant. Contio 1. *diſp.* 12.

Species aliqua facta ſit] Nimirum nova & diverſa à priore, ex qua ut ex materia facta ſit poſterior: nam verbi cauſa, lana aliena purpura tincta, non eſt nova ſpecies, *l. ſed ſi 26. §. ult. hoc tit.* neque etiam nova ſpecies exiſtit ex duarum ejuſdem generis materiarum confuſione, *§. ſi duorum 27. inf. eod.* Duo autem hìc à Juſtiniano omiſſa ſunt, quæ, quo quæſtio propoſita meliùs intelligatur, addenda duximus: unum eſt, ſi quis ſpeciē fecit, eam fecerit ſuo nomine: alterum, ſi eam fecerit bona fide. Primum diſertè expreſſit Gajus *d. l. 7. §. cum quis*, & rationem manifeſtam hanc habet, quòd poſſeſſio non acquiratur niſi volentibus; eorum autem, quæ facto & opera noſtra acquiruntur, nihil jure gentium acquiri poſſit, cujus acquiſitio non cœperit à naturali poſſeſſione, *l. 1. §. 1. de acq. poſſ.* Proindè ſi alieno nomine ſpecies facta proponatur, ſi ejus non erit, qui materiæ dominus fuerat, ejus erit, cujus nomine facta eſt, *l. niſi 25. l. quicquid 27. §. 1. hoc tit.* De bona fide, quod item hìc omiſſum dixi, nihil quidem diſertè Gajus: ſed id ex eo non obſcurè colligitur, quod addit hæc verba *ſuo nomine*. Nam qui ſcit materiam alienam eſſe, in eadem cauſa haberi debet, ac ſi nomine domini materiæ ſpeciem feciſſet, *l. de eo 12. §. 3. ad exhib.* cui etiam operam ſuam donaſſe intelligendus eſt exemplo ejus, qui ſciens in alieno ſolo ædificavit, *§. ex diverſo 30. inf. eod. fac. l. 4. §. ſi ex lana 20. de uſuc. l. 14. §. ult. de cond. furt.* Atque hæc eſt communis quoque DD. ſententia, à qua cur D. Wesemb. & Bachovius receſſerint, cauſam non video. 2

Mulſum] Οἰνόμελι ſive μελίκρατον, fit ex vino vetere, addito pauco melle. Hoc genere potionis uſum de Pollio olim jactitabat annum centeſimum exceſſiſſe. Nam cùm à D. Auguſtino hoſpite interrogaretur, quanam maximè ratione vigorem illum animi corporiſque cuſtodiſſet, reſpondiſſe fertur, *Intus mulſo, foris oleo. Plin. l. 22. nat. hiſt. cap. 24.*

Emplaſtrum] Medicamentum eſt in maſſam coactum, quod igni præmollitum vulneri imponitur: ab ἐμπλάττω, ſubigo, verſando mollio, in maſſam formo, vid. Corn. Celſum *lib. 5. c. 17.* vulgò nunc unguentum vocant.

Collyrium] Genus medicamenti, potiſſimùm oculorum, παρὰ τὸ κωλύειν τὸ ῥεῖν, quod fluxum impediat, & ſiſtat. *Apocalypſ. cap. 3. verſ. 18.* Κολλύριον ἔγχρισον τοὺς ὀφθαλμούς σου ἵνα βλέπῃς. *Collyria illine oculis.* Horat. 1. *ſerm. ſatyr. 5.*

Hic oculis ego nigra meis collyria lippus
Illinere.

Sabinianorum & Proculianorum] Fuere etiam olim

olim diverſæ & diſſidentes Juriſconſultorum familiæ, auctores Attejus Capito & Antiſtius Labeo; qui primi cùm velut diverſas ſectas feciſſent, ille in iis, quæ à majoribus acceperat, perſeverando, hic Ingenii & doctrinæ fiducia plurima innovando, diſſenſionem ſucceſſores eorum auxerunt, dum ſui quiſque magiſtri ſententiæ tanquam oraculo religioſè adhæret. Capitoni ſucceſſit Maſſurius Sabinus, Sabino Caſſius: Labeoni ſucceſſit Nerva, Nervæ Proculus. Atque inde appellati poſtea Sabiniani vel Caſſiani, & Proculiani, *l. 1. §. poſt hunc 47. de orig. jur.*

Ambiguitatem] Quædam, ut rectè hic notat Baro, leviter tracta ſunt à natura, quorum ratio
3 non cuivis perſpicua eſt. Nerva & Proculus exiſtimabant, ſpeciem ex aliena materia factam naturali ratione ejus eſſe, qui eam ſuo nomine feciſſet: nam materiæ, quæ extincta ſit, nullam porrò rationem haberi poſſe, ſed cauſæ efficientis dumtaxat, & potiſſimùm formæ, cujus ſuſceptione materia in aliam ſpeciem tranſiiſſet, quæ ſpecies cùm antea nullius eſſet, ac ne eſſet quidem rationem naturalem efficere, ut concedenda ſit ei, qui, ut ea in rerum natura ſit, fecit, eamque occupavit, *d. l. §. cum quis hoc tit. l. 3. §. genera 21. de acqu. poſſ.* Diverſæ autem ſcholæ auctores Sabinus & Caſſius contra naturali rationi convenientius eſſe putabant, ut qui materiæ dominus fuiſſet, idem ejus quoque, quod ex materia factum eſſet, dominus fieret: quippe ſine materia ſpeciem nullam effici poſſe: noſtrum autem eſſe id, quod ex re noſtra factum eſt. Poſtremò nihil tam ab æquitate naturali alienum videri, quàm ut id quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferatur, *d. l. 7. §. cum quis junct. l. 12. §. 3. ad exhib. l. id. quod noſtrum de reg. jur.*

Media ſententia] Inter duas extremas Proculi & Sabini. Nam Sabini ſententiam veriorem eſſe putabant: ſi ſpecies facta ad priorem materiam reduci poſſet: ſi non poſſet, Proculi, *d. l. 7.*
4 *§. cum quis.* Et perquàm elegans eſt hujus diſtinctionis ratio, quam & iidem mediæ ſententiæ auctores afferunt: nempe cum manente materia forma rei externa tantum mutatur, idque quod factum eſt, in ſua initia ſive ad rudem materiam reduci poteſt, rationem naturalem non pati, ut cum Proculo dicamus, rem eam nunc primùm exiſtere, ac propterea fieri occupantis: ſed neceſſe eſſe, ut ſequatur vires & conditionem materiæ, quæ potenter manet, *l. in omnibus 24. hoc tit. l. quæſitum 78. §. illud fortaſſe de legat. 3.* At ubi materia conſumitur atque extinguitur, quod noſtri ſemper fieri intelligunt, cum ſpecies facta ad priſtinam materiam reverti non poteſt, nullam materiæ, quæ eſſe deſiit, aut prioris domini, cujus in hac ſpecie nihil eſt, *l. quicquid 27. §. 1. hoc tit.* cum Sabino rationem haberi poſſe: ſed novæ dumtaxat ſpeciei, ejuſque, cujus facto ea in rerum natura eſſe cœpit, *d. l. 3. §. genera 21. de acq. poſſ.* Scio equidem, D. Connanum *lib. 3. comm. 6.* auctores hujus ſententiæ reprehendere, atque hoc ſolum hìc ſpectari velle, pluſne pretii ſit in opere, an in materia; Dominum quoque Grotium cenſere, ſpeciem communicandam, ſicut confuſis materiis communio inducitur, pro rata ejus, quod quiſque habuit, *lib. 2. de jur. bell. cap. 8. num. 19.* Ego tamen à veterum illa diſtinctione non recedo, magiſque naturale eſſe arbitror, ut in quæſtione propoſita inſpiciatur, utrùm res, quæ priùs fuerat, extincta ſit, necne: quàm ut vel ex pretio rei operiſve de jure dominii ſtatuatur, aut citra neceſſitatem inducatur diſcordioſa communio: eoque jure etiam nunc utimur, teſte eodem Grotio *lib. 2. manuduct. cap. 8.*

Frumentum ad ſpicas reverti non poteſt] Inter exempla ſpecierum, quæ ad id, quod priùs fuerant, reverti non poſſunt, frumentum excuſſum etiam Gajus refert, *d. l. 7. §. cum quis*; ſed ille, quod hic omiſſum eſt, mox ſubjicit, ſe eorum ſententiam probare, qui frumentum alienis ſpicis excuſſum, ejus eſſe non dubitabant, cujus ſpicæ eſſent: propterea quod cùm grana, quæ ſpicis cōtinentur, perfectam habeant ſuam ſpeciem, qui excutit ſpicas, non novam ſpeciem faciat, ſed eam, quæ eſt, detegat. Quod idem eadem ratione dicendum eſt de leguminibus, lupino, lente, cicere, fabis, piſis, aliiſque id genus frugibus, quæ ſiliqua continentur. Exemplo frumenti idem de vino ex uvis, & oleo ex olivis alienis expreſſo ſtatuit D. Bachovius: quod non probo. Non enim
ut frumentum ſe habet ad ſpicas, ita ſe habet vi- 5
num & oleum ad uvas vel olivas. Spicæ non ſunt materia, ex qua fit frumentum, ſed frumentum excuſſum idem manet, quod ante fuit: unde ſicut eamdem ſpeciem, ita & idem retinet nomen. Vinum autem & oleum fiunt ex uvis & olivis, atque ut in aliud nomen, ita & in aliam ſpeciem uvis & oleis peremptis tranſeunt. *Theodoret 1. Dial. 4.* Καὶ τὸ ἀμπέλου τὸν καρπὸν σταφυλὴν ὀνομάζοντες, ὅταν ἐκθλίψωμεν, οὐ σταφυλήν, ἀλλὰ οἶνον προσαγορεύομεν. Utique dum hæ incipiunt eſſe, quod non erant, deſinunt eſſe quod fuerant: & poterant quæque in alium uſum converti, uvæ ſiccari, oleæ ſervari ad condituram, &c. Et alioquin dicendum eſſet, nec caſeum aut butyrum ex lacte alieno factum, nec ſiceram ex pomis alienis expreſſam facientis fieri. Quòd ſi in his omnibus Sabini ſententiā probandam exiſtimat Bachovius, cur mediæ ſententiæ auctores ſolum excipiunt frumentum? Paulum temerè adducit in *l. de eo 12. §. 3. ad exhib.* quippe qui eo loco diſertè reſpondet de eo, qui ſpeciem fecit, cùm ſciret materiam alienam eſſe; aliud nimirum reſponſurus, ſi quis idem bona fide feciſſet, ut facit in *l. ſed ſi meis 25. hoc tit.* Ea igitur ratio, quam in d. reſponſo ſubjicit, ad hypotheſin revocanda eſt, ut quæſtioni & reſponſo ſerviat. De navi ex alienis tabulis facta non ſatis conveniit, propter obſcurum veteris, ut videtur, diſſenſionis veſtigium, quod extat *in l. Minicius 61. de rei vind.* Etenim cùm mediæ ſententiæ auctores generaliter definiant ſpeciē, quæ ad id corpus, quod priùs fuerat, reduci non po-

poteſt facienti sfieri, navemque ex alienis tabulis factam nominatim inter hujuſmodi ſpecies, uti revera eſt, numerent, quid cunctamur cum Paulo reſpondere, navem ejus eſſe, qui fecit? *d. l. ſed ſi meis 26. hoc tit.* Putat etiam D. Connan. 3. *comm.6.* partem alteram reſponſi Miniciani reprehendi à Juliano, rationemque reprehenſionis eſſe in poſtremis verbis; *Nam proprietas totius navis carinæ cauſam ſequitur*, id eſt, *eum*, ait Connanus, *qui navem carinando formavit*: nam carinam non ſemper infimum navis alveum ſignificare; ſed interdum poni pro ipſo navis corpore, quod totum carinatum eſt, hoc eſt, pro totius navis forma, ut in *l.24. §. ult. de leg.1. arg. l. proponebatur 76. de judic.*

Dubitandum non eſt hoc caſu &c.] A comparatione majorum; in ſcholis dicerent, à minori probabilitate ad probabilitatem majorem: quaſi dicat; ſi ſpecies, quam fecimus ex materia, quæ tota aliena eſt, noſtra fit; multò magis noſtra fieri debet, ſi facta ſit pro parte etiam ex materia noſtra. Eſt tamen & hic adhibenda ſuperior cautio, ſi ea res ad priorem materiam reverti nõ poteſt: quippe generalis definitio eſt, ea quæ in ſua initia redigi poſſunt, vires materiæ numquam effugere, *l. in omnibus 24. hoc tit. l. quæſitum 78. §.4. de leg.3.* Atque hanc quoque eſſe mentem Juſtiniani, exempla propoſita declarant. Cujus igitur erit hujuſmodi ſpecies, ſi reduci poſſit? Nimirum ſuum quiſque retinebit, & pro parte ſua materiam vindicare poterit, *arg. l. 5. §. 1. de rei vind. l. 12. §. 1. l. quicquid 27. §. ult. hoc tit.* quæ & communis interpretum ſententia eſt, à qua ſine cauſa recedere mihi videntur *Bachov. Borchols. & D. Tuldent. hic c.41.* Hoc autem jure conſtituto, ne aut dominus materiæ, aut is qui materiam mutavit, queri poſſint: ille ubi materia extincta eſt, eam alieno ſibi facto periiſſe; hic ubi ea manſit, ſe perdere operam bona fide impenſam; uterque, contra naturam eſſe, ut quis ex re aliena locupletetur cum alterius detrimento; utrique conſultum eſt illa actione in factum, qua conſequatur æſtimationem materiæ ſuæ; huic exceptione doli mali, qua oppoſita ei, qui ſpeciem ſuam vindicabit, ſervet impenſas à ſe factas, *arg. l. in rem 23. §. ſi id quod 4. & ſeq. de rei vind.*

TEXTUS.

De acceſſione.

26. Si tamen alienam purpuram veſtimento ſuo intexuerit, licèt pretioſior ſit purpura, tamen acceſſionis vice cedit veſtimento: & qui dominus fuit purpuræ, adversùs eum, qui ſurripuit, habet furti actionem & condictionem, ſive ipſe ſit, qui veſtimentum fecit, ſive alius. Nam extinctæ res licèt vindicari non poſſint, condici tamen à furibus & quibuſque aliis poſſeſſoribus poſſunt.

NOTÆ.

26. *Si alienam purpuram*] Similis locus eſt apud Paul. *l.26. §. 1. hoc tit.* Ulp. *leg. 7. §.2. D. ad exhib.*

COMMENTARIUS.

1 *Acceſſionis quæ facto hominis contingit, quot ſint genera, & quot propoſita pertineat.*
2 *Explicatur definitionibus aliquot, quid, cui & quando acceſſionis vice cedat.*
3 *Quibus rebus differat hoc genus acquiſitionis à ſpecificatione.*
4 *Quomodò domino purpuræ, & generaliter partis, quæ ceſſit, conſolatur.*
5 *Vulgata hujus §. lectio defenſa adversùs D. Ant. Contium.*

LOcum hunc video à pleriſque in tranſitu dumtaxat tractatum eſſe: dignus tamen eſt, qui propiùs conſideretur & otioſè. Et quia ad acceſſiones pertinet, repetenda animo eſt memoria eorum, quæ nuper diximus, videlicet quædam rebus noſtris accedere beneficio fluminum velut à natura, quædam facto & opera humana. De iis, quæ à fluminibus accedunt, copioſè jam tum diſputavimus. Acceſſionis quæ ab hominibus eſt, 1
docendi gratia, quò res tota perfectiùs cognoſcatur, duo genera nunc facimus; confuſionem, & conjunctionem. Confuſio eſt, cùm duæ materiæ liquidæ inter ſe & in unum corpus permiſcentur; veluti cum vinum cum vino miſcetur, argentum cum argento conflatur, de quo *§. ſeq.* Conjunctio eſt, cum res ita junguntur, ut cohæreant, diſcreta manente earum ſubſtantia: ſive ita res alienæ rebus noſtris junctæ cohærent, ut iis quaſi baſibus innitantur, veluti quæ in ſolo noſtro ædificantur, plantantur, ſeruntur, in chartis noſtris aut tabulis ſcribuntur aut pinguntur; de quibus omnibus item poſtea: ſive ita, ut ſint tamquam additamenta aut ornamenta rei noſtræ, ut ſi pes aut manus jungatur ſtatuæ, anſa ſcypho, gemma includatur auro, emblemata phialis injungantur, *l. in rem 23. §.2. & 5. de vind. l. ſed ſi, 26. §.1. hoc tit. l.7. §.2. ad exhib. l. cum aurum 19. §. perveniamus 12. de aur. arg. leg.* eodemque etiam pertinet, quod hic traditur de purpura veſtimento intexta, *d. l. 7. §. 2. ad exhib.*

Si tamen] Quò conjunctio illa ſegregativa reſpiciat, non video, niſi eò referas, quòd cum in calce præcedentis §. dixiſſet, veſtimentum quod quis partim ex ſua, partim ex aliena materia fecit facientis eſſe, hoc loco aliquid addere Juſtinianus voluerit de veſtimento, quod quis fecit ex ſua quidem materia, eaque ſola, ſed cui ornando alieni aliquid adjunctum, attextum aut intertextum eſt: licèt id ad ſuperiores rationes non pertineat. Neque enim purpura (quo exemplo hic Imp. utitur) veſtimento intexta pars eſt materiæ, ex qua veſtimentum factum proponitur: ſed aliquid, quod veſtimento jam facto aut præpara-

Digitized by Google

parato ornatus cauſa additur atque accedit.
Purpuram autem hic accipiemus, aut clavum
purpuræ, aut prætextum, id eſt, ſegmentum,
fimbriam, laciniam, limbum.

1 *Licèt pretioſior ſit*] Cum enim quærimus
quid cui cedat, non pretium ſpectamus;
ſed quid cujus rei ornandæ cauſa adhibeatur,
ut acceſſio cedat principali, *l. cum aurum*
19. §. *pervenimus* 13. *de aur. argent. leg.* In
univerſum autem ſic de hac quæſtione ha-
beo. Quando duæ res, quarum unaquæ-
2 que per ſe ſubſiſtere poteſt, ita junctæ ſunt,
ut cohæreant, & unum corpus efficiant pro-
priæ ſpeciei ejuſdemque nominis, ſemper
pars inferior cedit præſtantiori, ut is natu-
rali ratione totius illius corporis dominus
eſſe intelligatur, cujus & præſtantior pars
eſt. Si diverſa rerum junctarum magnitudo
eſt, ex magnitudine unius partis præſtantia
æſtimatur, ut ſi ſtatuæ pes aut manus,
ſcypho fundus aut anſa, lecto fulcrum jun-
gatur, *l. ſed ſi* 26. §. 1. *hoc titul. l.* 7. §. 2.
ad exhib. l. in rem 13. §. 2. 4. *&* 5. *de rei
vind.* adeòque etſi pars minor pretioſior ſit,
ei tamen cedit, cujus major eſt ſpecies,
ut gemmæ & margeritæ incluſæ auro, *dict.
l.* 19. §. 13. *de aur. argent. leg.* purpura ve-
ſtimento intexta, ut hic *& dict. leg.* 7. §. 2.
ad exhib. Si eadem magnitudo eſt, ex pre-
tio: ſi pretium quoque idem, placet neu-
trum alteri cedere, ſed ſuam cujuſque rem
manere, *l. quicquid* 27. §. 2. *hoc tit.*

Acceſſionis vice] Ut pars minor & infe-
rior majori & præſtantiori, ſicut jam di-
ctum eſt. Etenim jure ſpeciei totum hoc cor-
pus ſuum eſſe dicere non poteſt dominus
majoris partis ſive veſtimenti, cùm is neu-
tram partem nunc primum fecerit, ſed fa-
ctas univerit dumtaxat. Ex quo apparet,
errare D. Gœd. *in l.* 14. *de verb. ſignific.* qui
putat, hæc etiam jure ſpecificationis acqui-
ri: & ſi quod Gœddeo placet, nova hic
ſpecies facta intelligi debeat, ea non acqui-
reretur facienti: quoniam partes junctæ ſe-
parari, & ad id, quod priùs fuerant, reverti
poſſunt.

Adverſùs eum, qui ſurripuit] In hoc quo-
3 que ab acquiſitione ſpeciei factæ differt hæc ac-
quiſitio, quòd ſpecies facta tantùm volenti ac-
quiratur, eique, qui eam ſuo nomine & bona
fide fecit: jure acceſſionis pars juncta etiam
ignoranti, etiam ei, qui alieno nomine aut mala
fide junxit. Nulla enim in hac acquiſitione ratio
habetur perſonæ facientis aut jungentis, ſed re-
rum junctarum dumtaxat; quod notandum eſt
contra Vveſembecium & Bachov. qui utriuſque
acquiſitionis eamdem eſſe rationem arbitran-
tur.

*Sive ipſe ſit, qui veſtimentum fecit, ſive
alius*] Geminus à Juſtiniano caſus proponi-
tur: unus eſt, quo is, qui purpuram ſur-
ripuit, ipſe veſtimentum fecit: alter, quo
alius fecit, ad quem purpura ſurrepta po-
ſteà pervenit. Et ait, dominum purpuræ
adverſùs eum, qui ſurripuit, habere actio-
nem furti & condictionem: ubi condictio-
nem procul dubio intelligit furtivam, ut re-
ctè Gloſſa notat: nam quòd hæc conditio
ſoli dicitur domino dari, *l. 1. de cond. furt.
l.* 14. §. *qualis* 16. *de furt.* §. *ultim. infr. de
oblig. quæ ex del.* hoc non eò pertinet, ut
is, cui ſemel quæſita eſt, eam re perempta
ſine facto ſuo amittat: ſed ut hinc excludan-
tur ii, quorum periculo res alienæ ſunt,
quibus etſi furti actio, conditio tamen non
competit, *dict. l.* 14. §. 16. Ut autem in uni- 4
verſum intelligas, quomodò domino purpu-
ræ, & generaliter parti quæ ceſſit, conſu-
latur, ſic mecum diſtinguito. Aut alienam
purpuram veſtimento ſuo quis intexuit, aut
ſuam veſtimento alieno. Item aut bona fide
id fecit, aut mala. Si alienam & bona fide,
eſt adverſùs eum actio ad exhibendum, ut
purpura ſeparetur, & tunc vindicetur, .. 7.
§. 2. *ad exhib. l. in rem* 23. §. 5. *de rei vend.*
Videndum tamen, an non audiri debeat bo-
næ fidei poſſeſſor pretium purpuræ offerens;
maximè ſi ea ſine manifeſto ejus damno ſe-
parari non poſſit. Illud quæſitum eſt, an
etiam bonæ fidei poſſeſſori purpura condici
poſſit. Et puto poſſe, cum Barone & Vve-
ſembecio, arg. ejus, quod in fine hujus. §.
dicitur, res extinctas à quibuſvis poſſeſſori-
bus condici poſſe, *&* §. *admonendi infr. quib.
al. lic.* & nimirum condictione ſine cauſa: nam
etſi jure gentium propter acceſſionem domi-
nus purpuræ factus ſit; nulla tamen cauſa
eſt, cur pretium lucretur, & cum aliena ja-
ctura locupletior fiat. Si mala fide intexuit,
datur adverſùs eum actio furti & condictio fur-
tiva, *hoc text.* datur & ad exhibendum actio
& vindicatio, tamquam adverſùs eum, qui
dolo malo poſſidere deſiit, *arg. l.* 1. *in fin. l.* 2.
de tign. junct. l. ſin autem 27. §. 3. *l. qui petitorio*
36. *in pr. de rei vind. l. qui dolo* 131. *de reg. jur.*
Si quis autem ſuam purpuram intexuit veſti-
mento alieno, ſiquidem bona fide, poteſt &
poſſidens veſtimentum retinere, donec de pur-
pura & ſumptibus ei ſatisfiat, & omiſſa poſ-
ſeſſione ad exhibendum agere, ut purpura ſe-
paretur & vindicetur, *d. leg.* 23. §. 4. *& ſeq. de rei
vind.* Si mala fide, videndum, num dici poſſit
voluntate ſua proprietatem rei âmiſiſſe, *arg.*
§. *ex diverſo* 30. *infr. hoc titul.* Quæ de pur-
pura diximus, eadem ferè & in cæteris,
quæ rebus noſtris explendis aut ornandis ſimi-
liter junguntur, locum habent, *l.* 6. *l.* 7. §. *ad
exhib.* exceptis, quæ juncta ſunt ferruminatio-
ne, quæ ne ſeparata quidem vindicari poſ-
ſunt: ideòque eo caſu in factum actio domi-
no partis, quæ acceſſit, neceſſaria, *d. leg.* 23.
§. *item quæcumque de rei vind.*

Nam extinctæ res] Licèt purpura attexta veſtimento integra maneat, pro extincta tamen, quia veſtimento cedit, habetur; ſicut gemma incluſa auro, aliaque, quæ res noſtræ ad ſe per prævalentiam trahunt ſalva eorum ſubſtantia, *dict. l. 6. ad exhib. d. l. 23. §. 2. & 5. de rei vind.* Unde Theophilus, Δοκεῖ, inquit, *ἡ πορφύρα τρόπον τινὰ ἀπολέσθαι, τῷ μὴ εἶναι αὐτὴν καθ' ἑαυτὴν, ἀλλ' ἑτέρῳ ἰδίως συνυφανθῆναι,*

Licèt vindicari non poſſint] Directo; amiſſa videlicet earum proprietate: & nimirum quamdiu cohærent, nam quod de gemma incluſa annulo alieno reſponſum eſt, eam vindicari non poſſe, ſed poſſe agi ad exhibendum, ut excludatur, & excluſa vindicetur *l. 6. ad exhib.* id locum habet in omnibus, quæ ſimiliter rebus noſtris juncta acceſſionis loco cedunt, *d. l. 23. §. 5. de rei vend.* Tentari etiam poteſt, quod modò diximus, adverſùs eum, qui mala fide junxit, utilem quoque in rem actionem eſſe, non tamquam adverſùs eum, qui poſſideat, ſed qui dolo malo poſſidere deſierit.

Et quibuſque aliis poſſeſſoribus] A furibus etiam condictione furtiva; ab aliis condictione ſine cauſa, aut generali illa triticiaria, *l. 2. de cond. tritic* Semper enim, ut diximus, bonum & æquum eſt, pretium mihi reſtitui ejus rei, quæ hoc jure ad alium ſine facto meo pervenit, & eſt arg. in *leg. 11. §. ult. l. ſi & me & Titium 32. de reg. cred.* Ant. Contius ex manuſcriptis reſtituit: *Et quibuſdam aliis poſſeſſoribus*, ut ſit ſenſus, non tantùm furibus res conſumptas condici poſſe, ſed aliis etiam poſſeſſoribus, qui furibus ſunt ſimiles; nimirum iis etiam, qui rem mala fide poſſidebant, cùm eam conſumerent. At hi revera etiam fures ſunt, §. *furtivæ inſ. de uſuc.* Quamobrem de lectione vulgata, quæ etiam Theophili eſt, nihil mutandum cenſeo, quamvis Contium ſequatur Pacius in analyſi ſua, putans, condictionem contra eos, qui bona fide rem conſumpſerunt, non dari. Obiter & Theophili error notandus, qui ſcribit, condictionem furti etiam in eos dari, qui fures non ſunt, quod eſt ἄδοξον, & miror à Fabrot. non animadverſum.

TEXTUS.

De confuſione.

27. *Si duorum materia voluntate dominorum confuſa ſint, totum id corpus, quod ex confuſione fit, utriuſque commune eſt: veluti ſi qui vina ſua confuderint, aut maſſas argenti vel auri conflaverint. Sed & ſi diverſæ materiæ ſint, & ob id propria ſpecies facta ſit, fortè ex vino & melle mulſum, aut ex auro & argento electrum, idem juris eſt. Nam & hoc caſu communem eſſe ſpeciem non dubitatur. Quòd ſi fortuito & non voluntate dominorum confuſa fuerint, vel ejuſdem generis materiæ, vel diverſæ, idem juris eſſe placuit.*

NOTÆ.

27. *Duorum materia confuſa*] Ex Cajo *l. 7. §. 8. hoc tit.* Confuſio propriè eſt, cum corpora liquida aut liquefacta invicem miſcentur, μίξιν ὑγρῶν.

Propria ſpecies facta] Nec intereſſe, utrùm materiæ ſeparari, aut ſpecies facta in ſua initia redigi poſſit, necne, propter mutuam dominorum voluntatem.

Idem juris erit] apud Th. in Regiis codicibus, teſte Fabrot. quamvis in vulgatis, ἡ τὸ αὐτὸ, &c. Nec tamen per omnia idem: nam ſi materiæ caſu confuſæ ſeparari poſſiunt, nulla earum communio eſt *l. 5. §. 1. D. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1 *Inter confundere & miſcere quæ ſit differentia, cum ſignatè loquimur.*
2 *De effectu confuſionis, & quarum rerum quomodò factæ confuſio communionem pariat.*
3 *Confuſionem factam voluntate dominorum, propriè hoc non pertinere.*
4 *In confuſione fortuitas materias confuſas communicari, ſive ejuſdem generis ſint, ſive diverſæ, extra quam ſi deduci poſſint & n. 6.*
5 *Quid juris, ſi unus è dominis confuderit altero ignorante, aut tertius aliquis.*

DUobus modis hominum facto per acceſſionem rei alienæ ad res noſtras nobis acquiritur, conjunctione & confuſione. Conjunctionis ſpecies eſt purpura veſtimento attexta, ut diximus §. *præc.* De confuſione diſputatur hoc loco: quæ quid ſit primò videndum; deinde quam vim ad acquirendum & unde habeat. Verba hæc confundere & miſcere aut commiſcere vi ſua generalia ſunt, deque omnibus ἐκ παραλλήλου dicuntur, quæ quovis modo permiſcentur: ut videre eſt etiam apud noſtros, *l. 7. § voluntas 8. hoc tit. l. 3. §. ult. l. 5. pr. de rei vind.* Cæterum cum ſignatè 1
& diſtinctè loqui volumus, confuſionem appellamus μίξιν ὑγρῶν, cum corpora liquida aut liquefacta invicem miſcentur; cōmixtionem, μίξιν ξηρῶν, cùm ſicca & ſolida, quæ & diſcreta maneant: quàm nominum diſtinctionem peperit diverſi juris, quod in his obtinet, ratio. Confundi igitur propriè res dicuntur, quæ ita permiſcentur, ut una ingrediatur alteram, & viciſſim alterius partem in ſe recipiat; veluti cum vinum cum vino
miſcetur, aurum cum auro conflatur. Effectus 2
confuſionis hic eſt, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur, idque vi & poteſtate rei cujuſque, cogente natura rem unam mutuo trahere alteram; unde exiſtit totius corpori, quod

quod ex confuſione fit, communio. Cæterum neque quarumvis rerum confuſio communionem patit, neque facta quovis modo. Summam tibi ecce. Omnis confuſio fit aut voluntate dominorum, aut citra eam: & citra eam aut caſu (quæ tamen & ipſa non ſine facto hominum contingit, eorum ſcilicet qui res in propinquo poſuerunt) aut voluntate unius tantùm, ſive etiam tertii alicujus, puta Titii res, quæ confunduntur, aut ſunt unius generis, aut diverſorum. Item aut tales ſunt, quæ confuſæ ſeparari non poſſunt, aut quæ poſſunt ſeparari. Nunc ſic habe: voluntate dominorum facta confuſio ſine ulla rerum diſtinctione communionem facit. Caſu facta non aliter, quàm ſi res diduci non poſſint. Facta unius voluntate tantùm, aut Titio, ſi materiæ unius generis confuſæ ſint, quoniam nec deduci poſſunt, nec novam ſpeciem conſtituunt. Jam videamus, quid Imperator dicat, & ſingula conſideremus accuratiùs.

Voluntate dominorum] Hæc ſpecies propriè huc non pertinet. Neque enim communionem hìc inducit rerum confuſio, ſed mu-
3 tua dominorum voluntas, res ſuas confundendo tacitè communicantium: argumento eſt, quòd etſi duo frumenta ſua miſcuiſſent, idem tamen juris, licèt in diſſimili genere mixtionis foret, §. *ſeq.*

Utriuſque commune eſt] Pro rata ſcilicet ejus materiæ, quæ cujuſque ante confuſionem fuit, *l. 3. §. ultim. de rei vind.* Res autem communis propriè dicitur, quæ duorum aut plurium eſt, non quaſi tota ſingulorum, (neque enim duorum in ſolidum res una eſſe poteſt, *l. 5. §. ultim. commod.*) ſed ſingulorum pro partibus, iiſque indiviſis, *l. 5. de ſtip. ſervi l. 5. §. ultim. de reb. eor. qui ſub tut.* Itaque quæ partes ante confuſionem ſingulorum erant ſeparatim, poſt confuſionem, ſingulorum eſſe incipiunt conjunctim, ut jam intellectu magis, quàm corpore partes habeant: *dict. l. 5. de ſtip. ſerv.* nec poſſit ampliùs unus, quod ſuum fuit ante confuſionem, ſeparatim vindicare, ſed partem dumtaxat pro indiviſo, puta dimidiam aut tertiam; ſive, quod eodem recidit, agere communi dividundo, ut res dividatur, & pars rei diviſæ, dimidia aut tertia, pro rata ponderis, quod contulit, reſtituatur: in quo & pretii rationem judex habebit, ſi unius pars pretioſior fuit, *dict. l. 3. §. ultim. l. 4. l. 5. de rei vind.* Et ſi fortè res dividi commodè non poſſit, uni totam adjudicabit, eumque viciſſim alteri condemnabit in certam ſummam pecuniæ, §. *eadem 5. infr. de offic. judic.*

Sed etſi diverſæ materiæ ſint &c.] Nihil refert, ejuſdem generis materiæ voluntate dominorum confuſæ ſint, an diverſi. Nam & nova ſpecies, quæ naturaliter ex confuſione diverſarum materiarum exiſtit, veluti ex vino & melle confuſio mulſum, ex maſſis auri & argenti conflatis electrum, eorum communis fit neceſſe eſt, quorum conſenſu & voluntate materiæ confuſæ ſunt, & vice mutua, quod inde exiſtit, communicatum. Ex quo etiam efficitur, ut nihil interſit, materiæ ſeparari, & ſpecies facta in ſua initia reduci poſſit, an non poſſit: quæ differentia ſpectatur, cum jure ſpecificationis aliquid alicui acquiri volumus.

Electrum] Plinio eſt aurum, cujus quinta portio argentum eſt. Secundas poſt aurum ei tribuit Homerus 4. *Odyſſ.* ubi regiam Menelai laudantem introducit Telemachum à ſplendore primum auri, deinde electri;

Χρυσοῦ τ' ἠλέκτρου τε, καὶ ἀργύρου, ἠδ' ἐλέφαντος.

Vid. *Plin. lib. 33. nat. hiſt. cap. 4. Strabon. lib. 3.*

Quòd ſi fortuito] Hæc confuſionis ſpecies 4
propria eſt hujus loci. Ait, in fortuita confuſione idem juris eſſe, quod foret, ſi materiæ dominorum voluntate confuſæ eſſent: nimirum etiam totum id corpus, quod ex duorum materiis caſu confuſis exiſtit, commune eſſe eorum, quorum materiæ confuſæ ſunt: nec referre, ejuſdem generis materiæ ſint, an diverſæ, & ob id propria ſpecies facta ſit; nam quod caſu factum eſt, neminem ſibi vindicare poſſe jure ſpecificationis. Hoc item & Gajus *dict. l. 7. §. ſed etſi 9. hoc titul.* Obſervandum autem eſt, & hic & apud Gajum exempla proponi earum dumtaxat rerum, quæ confuſæ deduci & ſeparari non poſſunt; quippe quas communes facit ipſa neceſſitas & vis naturæ ſuperior: nam confuſio hæc eò rem deducit, ut unaquæque materia alteram in ſeſe per omnia confuſam & indiſcretam habeat: unde evenit, ut vel minima pars unius partem alterius ſibi habeat adjunctam, quam & neceſſariò ad ſe trahat: atque hinc communio. Quòd ſi materiæ, quæ fortè confuſæ, ſeparari poſſint, veluti ſi plumbum cum argento mixtum ſit, nulla neceſſitas intervenit, ob quam fiat, ut una res alteram mutuo ad ſe trahat: ſed cùm ab artificibus ſeparari poſſint, ſeparabantur: eſtque in eam rem non ut ſuperiore caſu, actio communi dividundo, ſed ad exhibendum & in rem, *l. 5. §. 1. de rei vend. & arg. l. lacus 12.* §. *prim. hoc titul.* Sed quid ſi non caſu, nec
tamen voluntate dominorum confuſio ſit, 5
puta à Titio, vel ab uno ex dominis altero ignorante; quæ ſpecies hic omiſſa. Et ſiquidem verbi cauſa Titius vinum Mævii cum ſuo confuderit, aut cum vino Sempronii, aliaſve ejuſdem generis materias miſcuerit, adhuc probandum eſt, corpus,

Digitized by Google

quod ex ea confuſione fit. Titii & Mævii, aut Mævii & Sempronii, commune eſſe; quia priſtinam ſpeciem continet, & res alium exitum naturaliter reperire non poteſt. Quòd ſi diverſi generis ſint, quia hic novi corporis ſpecies exiſtit, ea tota Titii erit jure ſpecificationis, ſi ad initia ſua reduci non poteſt; ſi poteſt, ſuum cujuſque manebit, *dict. l. 5. §. 1. de rei vendit. dict. l. lacus 12. §. 1. hoc titul. vid. ſup. §. cum ex aliena eod.*

Idem juris eſſe placuit] Paraphraſtes vertit negativè; οὐ τὸ αὐτὸ γίνεται. Et ſanè non eſt idem juris per omnia: nam ſi materiæ caſu confuſæ ſeparari poſſunt, nulla earum communio eſt, ſicut jam diximus. Arbitror tamen contra Hotomannum, eodem modo hic legendum, quo legitur apud Gajum *dict. l. 7. §. ſed & ſi* unde hæc deſcripta ſunt, nimirum affirmativè: & utrumque locum ex aliis cum Accurſio ſic temperandum, ſi tales materiæ fortuitò confuſæ ſint, quæ deduci non poſſint: cujus etiam generis exempla, nec alia, à Juſtiniano & Gajo propoſita ſunt. Sed & Harmenopolus *lib. 2. tit. 1.* περὶ τῶν ἐξ ἀλλοτρίας ὕλης γινομένων εἰδῶν, affirmativè legit, τὸ αὐτὸ γίνεται.

TEXTUS.

De commixtione.

28 *Quòd ſi frumentum Titii frumento tuo miſtum fuerit, ſiquidem voluntate veſtra, commune eſt: quia ſingula corpora, id eſt, ſingula grana, quæ cujuſque propria fuerunt, conſenſu veſtro communicata ſunt. Quòd ſi caſu id miſtum fuerit, vel Titius id miſcuerit ſine tua voluntate, non videtur commune eſſe: quia ſingula corpora in ſua ſubſtantia durant. Sed nec magis iſtis caſibus commune fit frumentum, quàm grex intelligitur eſſe communis, ſi pecora Titii tuis pecoribus miſta fuerint. Sed ſi ab alterutro veſtrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujuſque competit: arbitrio autem judicis continetur, ut ipſe æſtimet, quale cujuſque frumentum fuerit.*

NOTÆ.

28. *Frumentum Titii tuo miſtum*] Cùm corpora, quæ miſcentur, diſcreta manent, & ſuam ſingula ſpeciem retinent, id propriè dicitur commixtio.

Non magis iſtis caſibus] A ſimili, ubi tamen illud diſſimile, quòd pecora miſta faciliùs diſcerni poſſunt, quàm grana, & ob id etiam ſingula vindicari, *l. 23. §. 5. verſ. at in his his de rei vind.*

Quale cujuſque frumentum] Vi igitur ipſa non alia hic ſententia & reſtitutio, quàm ſi frumentum verè commune eſſet, *l. 3. §. ultim. l. 4. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1 *Commixtionem propriè dictam ad diſputationem propoſitam non pertinere.*
2 *Reſponſum Iavoleni in l. 78. de ſolut. cum hoc textu conciliatum.*
3 *Comparatio mixtionis pecorum & frumentorum explicata.*

NIhil eſt in hoc §. quod ad inſtitutam de acceſſione diſputationem pertineat. Agitur de commixtione. Commixtio propriè eſt, cum corpora, quæ miſcentur, diſcreta manent, & ſuam ſingula ſpeciem retinent; velut ſi frumentum cum frumento, nummi cum nummis, pecora cum pecoribus, inter ſe miſceantur. Hujus inquam commixtionis numquam ea vis eſt, ut per eam poteſtate rei noſtræ aliena nobis acquirantur, ſive difficilis ſit corporum mixtorum ſeparatio, ſive non ſit: cùm neutro modo fiat, ut aliquid ſit in meo aut alieno, quod alterum ad ſe naturæ neceſſitate trahat.

Conſenſu veſtro communicata] Quando duorum res voluntate dominorum commiſcentur, communicantur illæ quidem, ſic ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur: cæterum hoc non efficit commixtio aut acceſſio, ſed tacita voluntas dominorum mutua traditione ſpecies ſuas communicantium, *hoc text. dict. l. 7. §. voluntas eod. l. 5. de rei vind. l. 4. pro ſoc.*

Quia ſingula corpora in ſua ſubſtantia durant] Hoc eſt, natura & eſſentia ſua ſeparata & diſcreta manent: ut proindè dici non poſſit, eſſe quicquam in hoc acervo Titii, quod tuum ad ſe trahere debeat, aut in totum, aut pro parte; aut quicquam eſſe tuum, quod debeat ad ſe trahere, quod Titii eſt. At ſine horum alterutro nihil veſtrum com-

commune fieri poteſt in acervo frumenti, caſu aut ſine voluntate unius veſtrum commixti. Objici huic loco ſolet, quod Javolenus ex Gajo refert, nummos alienos in ſolutum datos creditoris accipientis fieri, ſi is eos ita miſcuerit ſuis, ut diſcerni non poſſint, *l. ſi alieni 78. de ſolut.* An dicemus idem eſſe in frumento, quod quis ex ſimili cauſa acceptum bona fide cum ſuo miſcuit? At refregatur generalis definitio hujus loci, tum etiam ratio ſubjecta, & comparatio frumenti miſti, & pecorum. Plerique putant, inter nummos, & frumentum hoc intereſſe: quòd nummi ita commixti, ut diſcerni non poſſint, pro conſumptis habendi ſint: frumentum non ante quàm farina ex eo confecta ſit: quippe rerum, quæ uſu conſumuntur, conſumptionem æſtimari ex conſumptione ipſorum corporum: pecuniam autem numeratam intelligi conſumi plerumque ſalvis nummorum corporibus, *§. conſtituitur inf. de uſuf.* Notum verò eſſe, conſumptione nummorum in creditum, vel in ſolutum datorum cauſam domini mutari, *l. 13. l. non omnis 19. §. 1. in fin. de reb. cred.* Ita propèmodum Accurſ. quem ſequitur communis DD. ſchola *add. D. Cujac. 13. obſerv. 1.*

Quam grex intelligitur eſſe communis] Exemplo pecorum alienorum gregi meo miſtorum docet, frumenta quoque ſine voluntate dominorum miſta, ſua cujuſque manere, neque in acervo facto quicquam eſſe commune: quippe eamdem
3 rationem eſſe ſingulorum granorum in acervo, quæ eſt ſingulorum pecorum in grege, utrumque eſſe corpus, non ἡνωμένον, aut συνημμένον, ſed διεστώς, cujus partes non cohæreant, aut uno ſpiritu contineantur, ſed quæ ſingulæ eſſentia ſua maneant diſtinctæ, propriamque ſuam ſpeciem retineant: ac proindè rationem juris non pati, ut hic magis, quàm illic, dominia confundantur, *arg. l. verum mixtura 30. de uſuc. junct. l. in rem 23. §. 5. verſ. at in his de rei vend.* Cæterum comparatio hæc illud habet diſſimile, quòd pecora aliena meis pecoribus miſta facilè decerni poſſunt, & ob id ſingula vindicari; *d. verſ. at in his*; grana autem commixta non item. Qua ratione putarem, ne voluntaria quidem pecorum miſtione gregem communem fieri, niſi id expreſsè actum proponatur.

In rem actio pro modo frumenti] Urbi res communis non eſt, ceſſat communi dividundo judicium, *l. 1. com. div.* ſicut in propoſito. Cæterum nec grana ipſa, quæ cujuſque ante commixtionem fuerunt, vindicari poterunt, quia diſcerni & deſignari nequeunt: nec pars acervi; quod non licet niſi in acervo communi, ſed quantum in acervo cujuſque fuit atque etiam nunc eſt, *l. 5. pr. de rei vend.* Nec refragatur actionis in rem natura, quæ exigit, ut res, quæ petitur, deſignetur, *l. 6. d. tit.* ſatis enim deſignari videntur grana petita hoc ipſo, quòd deſignantur certo loco atque acervo contenta & circumſcripta. Tantùm laborabitur in exitu judicii & reſtitutionis.

Vinnius in Inſtitut.

Quale cujuſque frumentum] Igitur ſi unius frumentum fuerit pretioſius, officio judicis continebitur, ut ejus quoque ratio habeatur, & hoc amplius ferat is, cujus frumentum pretioſius fuit, vel ex acervo, vel certæ pecuniæ adjudicatione: ut ſic omni ex parte utrique ſatisfiat, *arg. l. 4. de rei vend. §. eadem 5. inf. de off. jud.* In ſumma, in effectu hic non alia judicis ſententia eſt, & reſtitutio, quàm ſi acervus verè communis eſſet, *l. 3. §. ult. d. tit. de rei vend.* Quæ de confuſione, & commixtione diximus, ea hodieque omnia obſervantur.

Textus.

De his quæ ſolo cedunt. De ædificatione in ſuo ſolo ex aliena materia.

29. *Cùm in ſuo ſolo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipſe intelligitur dominus ædificii: quia omne quod ſolo inædificatur, ſolo cedit. Nec tamen ideò is, qui materiæ dominus fuerat, deſinit dominus ejus eſſe: ſed tantiſper neque vindicare eam poteſt, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum ædibus ſuis junctum eximere cogatur, ſed duplum pro eo præſtat, per actionem, quæ vocatur.* De tigno juncto. *Appellatione autem tigni omnis materia ſignificatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideò proviſum eſt, ne ædificia reſcindi neceſſe ſit. Quod ſi aliqua ex cauſa dirutum ſit ædificium, poterit materiæ dominus, ſi non fuerit duplum jam conſequutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.*

Notæ.

29. *Quod ſolo inædificatur, ſolo cedit*] *Dict. leg. 7. §. 10. hoc tit. l. 23. §. pen. & ult. D. de rei vin. l. 2. Cod. eod. l. 2. de ſuperfic.* non tamen quod ita in ſolo ponitur, ut loco moveri queat, *leg. 60. h. t.*

Nec tamen, &c. deſinit dominus eſſe] Ergo hoc caſu qui ædificavit, dominus eſt ædificii, alius dominus materiæ, ex qua conſtat, *l. 7. §. 2. D. de re jud. fac. l. 23. §. ult. D. de rei vend. leg. 23. de uſuc.*

Neque ad exhibendum] *D. l. 23. §. pen. l. 6. De ad exhib. l. 1. de tign. junct.* niſi adversùs malæ fidei ædificatorem, *d. l. 23. §. pen.* tanquam qui dolo malo fecerit, quo minùs poſſideat, *d. l. 1. & l. 2. de tign. junct.*

Eximere cogatur] Ne ſci. ædificia reſcindi neceſſe ſit, ut mox ſequitur. Poteſt igitur dupli præſtatio evitari, ſi quis tignum eximere malit, & domino reſtituere; neque enim id facere prohibetur, dum ne ruina ædium deforme-

Digitized by Google

tur publicus urbis aſpectus, *l. 2. C. de ædif. priv.* Eadem lege prohibetur ſolutio tigni alieni vineis junctis, ne ſç. turbetur cultura vinearum, *d. l. 1. de tign. junct.*

De tigno juncto] Quam actionem etiam in duplum diverſum eum dari, qui bona fide junxit argumento eſt, quod adverſus eum dari dicitur & hic & *d. l. 7. §. 10.* adverſùs quem nec in rem, nec ad exhibendum agi poteſt: quod utrumque contra eſt in eo, qui ſciens junxit, *d. l. 23. §. pen. D. de rei vend.*

Appellatione tigni] *L. 7. D. ad exhib. d. l. 1. de tign. junct. l. 62. de verb. ſign.*

Si non fuerit duplum conſecutus] In caſu malæ fidei etſi conſecutus fuerit. Nam qui ſciens junxit, non liberatur præſtatione dupli, ſed eſt adverſùs eum extrinſecus adhuc rei vindicatio, *l. 2. de tign. junct.* Pœnalis enim eo caſu hæc actio eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Non continuò eum, qui ædium dominus ſit, dominum eſſe & ſingulorum tignorum.*
2 *Actionem de tigno juncto dari etiam in duplum adverſùs eum, qui bona fide junxit.*
3 *Præſtationem dupli evitari poſſe tigni exemptione, & reſtitutione.*
4 *Actionem de tigno juncto, apud nos exoleviſſe.*

DIximus non ita pridem, duobus modis contingere, ut res alienæ rebus noſtris facto hominum accedentes nobis adjiciantur, confuſione, de qua proximè loquuti ſumus, & conjunctione. Conjunctionem appellamus, cum duæ res ita junguntur, ut cohæreant, & unum corpus conſtituant, integra manente rerum ſubſtantia. Duo quoque genera hujus conjunctionis fecimus: unum earum rerum, quæ junctæ nihil ampliùs habent, quàm addicamentum & expletionem ejuſdem corporis, de quo genere dictum ſub §. *ſi tamen ſup.* alterum earum, quæ ſic aliis junguntur, ut in his tanquam in ſubjecto conſiſtant, ac ſine his eſſe non poſſint: cujuſmodi ſunt hæc quinque, quæ nunc porrò ſingula exequemur, in ſolo ædificata, plantata, ſata, ſcripta in chartis aut membranis, picta in tabulis.

Quia omne, quod ſolo inædificatur, ſolo cedit] In conjunctione rerum, de qua agimus, ut naturali ratione præſtantior exiſtimanda eſt ea res, quæ per ſe conſiſtere poteſt; inferior, quæ imponitur, & ſine illa conſiſtere non poteſt: ita & eadem ratione fit, ut hæc ab illa per prævalentiam trahatur, illique ut præſtantiori cedat; ac proinde utriuſque dominus efficiatur, qui dominus fuerat præſtantis, *l. in rem 23. §. 3. & 4. de rei vend.* Hæc ratio generalis eſt, ad omnes ſpecies hujus conjunctionis pertinens. Ait, *omne, quod ſolo inædificatur.* Hæc prima ſpecies eſt hujus acceſſionis: atque de ea ita jus eſt. Omne ædificium, quamvis ex aliena materia, ſolo impoſitum, ſolo cedit, *d. l. 7. §. cum in ſuo hoc tit. d. l. in rem §. pen. & ult. de rei vind. l. 2. de ſuperf. l. qui domum 50. ad leg. Aquil. l. 2. C. de rei vend.* Idque ſive dominus ſoli ex aliena materia ædificaverit in ſuo, ſive è converſo dominus materiæ ædificaverit in ſolo alieno, *d. l. 7. §. ex diverſo hoc tit. & §. ſeq. eod.* Solo autem impoſitum accipi oportet etiam id, quod verbi cauſa ſupra parietem meum ædificatum eſt, *l. ſi ſupra 28. hoc tit.* Cæterum ut rationi hujus juris locus ſit, neceſſe eſt, ut id quod ædificatum eſt, ſolo cohæreat. Nam ſi Titius exempli gratia horreum frumentarium ex tabulis ligneis factum, mobile in prædio Seji poſuerit, id non Seji erit, ſed Titii, qui poſuit, *l. Titius 60. eod.*

Nec tamen is, qui materiæ dominus fuerat, deſinit, &c.] Diximus, eum, qui ex aliena materia in ſuo ædificavit, dominum fieri ædificii: cui conſequens videri poterat, eum, qui materiæ dominus erat, dominum ejus eſſe deſinere; cùm duo ejuſdem rei in ſolidum domini eſſe non poſſint. Cõtra tamen & hic & apud Gajum ſcriptum eſt, materiæ dominum dominium idcircò non amittere, & quamvis ſtante ædificio dominum adhuc intelligi. Hoc ne quem offendat, ſciendum eſt, pro diverſa materiæ conſideratione utrumque dici poſſe, & dominum ædificii materiæ quoque dominum effici, & materiam prioris domini manere. Etenim ſi tigna vel cæmenta conſideremus, ut juncta & connexa ædificio, hac conſideratione quamdiu juncta manent, ipſius ædificii ſunt, & domini totius: unde & dempta dicuntur in priſtinam cauſam reverti, *l. habitator 59. de rei vend. facit l. ſed ſi 26. §. 1. hoc tit.* At ſi animum à conjunctione avertas, & ædificio quaſi inſuper habito tigna conſideres in ſe, & ut ſeorſum ſubſtantiam ſuam habentia, non poteſt videri materiæ dominus jus ſuum amiſiſſe: & ideò ea tigna, licèt juncta adhuc, aliena ubique appellantur.
Adeòque rectè nunc dicemus, aliud eſſe mate-
riam, aliud ædificium: ædium quamdam univerſi-
tatem intelligi; materiam, cæmenta, tigna, lapi- 1
des, res eſſe ſingulas, quæ ob id jure univerſi non
utique cenſeatur. Hinc enim eſt, quod placet, eum
qui univerſas ædes poſſidet, non videri ſingula cæ-
menta poſſidere, eoque nec uſucapere *l. in rem 23.
§. ult. de rei vend. l. eum qui 23. de uſuc.* & quod
Ulpianus reſpondet, eum, qui inſulam petiit, ſi
victus poſtea cæmenta, vel tigna petat, non videri
idem petere, *l. 7. §. 2. de exc. rei jud.* nimirum quod
neceſſe non ſit, eum, qui ædium dominus eſt, ma-
teriæ quoque dominum eſſe: quam rationem &
ipſe mox ſubjicit. Cæterum dubitandum non eſt,
quin verum ſit, quod D. Hotomanus hic notat,
ſi ex aliena materia nova primùm ſpecies facta
fuerit, deinde novum id corpus ædificio inclu-
ſum, ejus manere, cui jure ſpecificationis quæ-
ſitum erat: verbi cauſa, tigna aut tabulas ex alie-
na arbore fabricatas, & mox injunctas ædificio,
ejus eſſe & manere, qui tabulas fecit, *arg. l. ſed ſi
meis 26. in pr. hoc tit.*

Neque ad exhibendum] Tignum alienum ædibus junctum lex duodecim tabularum non tan-

tum

Digitized by Google

tùm vindicari prohibet, ſed etiam ſolvi, ut proinde nec ad exhibendum de eo agi poſſit, *l. in rem §. pen. de rei vend. l. 6. ad exhib. l. 1. de tign. junct.* in quo diverſum jus tigni injuncti, & verbi cauſa gemmæ injunctæ annulo alieno: ea enim licèt quamdiu cohæret, vendicari nequeat, ad exhibendum tamen eo nomine agi poteſt, ut eximatur, & tunc vendicetur, *d. l. in rem, §. item quacumque de rei vend. d. l. 6. ad exhib.* vide ſis quæ notavimus ſupra, *§. ſi tamen 16. hoc tit.*

Ne quis tignum eximere cogatur] Duplicem ego cauſam reperio, cur lege duodecim vetita ſit tigni alieni ædibus juncti vindicatio. Una eſt, ne ob id ædificia reſcindi neceſſe ſit, *l. 1. de tign. junct. leg. 7. §. cum in ſuo hoc tit. & hoc text.* altera, ne per hoc ruinis urbs deformetur, *l. 2. §. ſi quis 17. l. ult. ne quid in loc. publ. l. 2. C. de ædif. priv.* quarum illa principalis eſſe videtur, & rationem finis unicuique legi propoſiti habere, hæc συναίτιον & illius adminiculum, de quo mox plura. Eadem lege & ſolutio tigni alieni vineis juncti prohibetur, ne ſcilicet turbetur vinearum cultura, *l. 1. de tig. junct.*

Sed duplum pro eo præſtet] Ne dominus materiæ queri poſſet, injuriam ſibi fieri, quòd re ſua quamdiu ædificium manet, carere cogatur, data eſt in eum, qui junxit, actio de tigno juncto ad tigni æſtimationem, & quidem in duplum, *l. 1. de tign. junct. l. in rem 23. §. pen. de rei vend. l. 6. ad exhib.* Nec dubito, quin ea actio in duplum etiam
2 adverſùs eum danda ſit, qui bona fide junxit: Id enim textus ferè omnes arguūt, qui de hac actione loquuntur. Nam primò, ut benè obſervavit D. Tuldenus c. 42. in eum hæc actio dari dicitur & hoc loco & apud Gajum *d. l. 7. cum in ſuo*, adverſùs quem nec in rem nec ad exhibendum agi poteſt, quorum utrumque contra eſt in eo, qui ſciens rem alienam junxit, *d. l. 23. §. pen. de rei vend.* non quòd ſic conveniatur quaſi poſſidens, ut tignum reſtituat, ſed ita quaſi dolo malo fecerit, quominùs poſſideat, reſtituere poſſit, ut pretium æſtimetur jurejurando in litem, *l. 1. in fin. de tign. junct.* eòque pertinet locus Pauli *in leg. qui res 98. in fin. de ſolut.* ubi ait, legem 12. tabularum ſciſcere, tignum ædibus junctum vindicari poſſe: ſed ſolvi id prohibuiſſe, pretiumque ejus voluiſſe dari. Deinde nec hoc ad eum pertinet, qui in mala fide jūxit: quòd denegatur domino materiæ vendicatio non ſolùm ſtante, ſed etiā diruto ædificio, ſi jam ante per actionem de tigno juncto duplum ſit conſecutus: nam adverſùs eum, qui ſciens junxit, ut furem, præter actionem dupli, extrinſecus adhuc eſt rei vendicatio, *l. ult. de tign. junct. §. ultim. inf. de oblig. quæ ex del.* Huc item facit *l. de eod. 63. de don. int. vir. & ux.* nam cùm ibi ſolus ille caſus excipiatur, quo tignum volente & ſciente domino junctum eſt, ſatis ſignificatur, in cæteris actioni de tigno juncto in duplum eſſe locum. Denique cur actionem de tigno juncto etiam adverſùs eum, qui bona fide junxit, lex duodecim dediſſet, ſi dominus tigni nihil ampliùs per eam conſequeretur, quàm conſecuturus eſſet actione in factū, quæ ſublata vindicatione adhuc ſupererat? *d. l. 23. §. item quæcumque de rei vend.* Huic autem ſententiæ duo obſtare videntur. Primum eſt, quòd lex de tigno furtivo locuta eſt, *d. l. de eo de don. int. vir. & ux. d. l. 1. de tign. junct.* alterum, quòd iniquum videtur, eum, qui bona fide junxit, in duplum teneri. Quibus hæc reponimus; primò etiam tignum, quod ab alio ſurreptum, ab alio bona fide junctū eſt, furtivum eſſe, vitio furti rem comitante. Adhæc, legem 12. tabularum furtivi non ideò mentionem feciſſe, quòd nomine non furtivi agi in duplum noluerit, ſed quia rarò accidit, ut res alienæ mobiles, quæ inſciis dominis ad alios perveniunt, in furti vitium non cadant, *§. 2. inf. de uſuc.* unde nec Gajus, nec Juſtinianus, nec Paulus in *d. l. 23. §. pen. de rei vend.* furtivi mentionem faciunt, ſed alieni dumtaxat, cùm tamen id omnes proponant ex eadem lege. Poſtremò, nullam hic eſſe iniquitatem: nam & injuria, quæ domino materiæ fit, quòd re ſua carere cogitur, commodo aliquo pecuniario compenſanda fuit, & pro duplo quo ille accipit, majus viciſſim commodum conſequitur, qui junxit, ne videlicet cogatur tignum eximere cum metu ruinæ ædium ſuarum. Sed & poteſt dupli præſtationem effugere, ſi ti-
gnum eximere malit, & domino reſtituere: ne- 3
que enim id facere prohibetur lege 12. tabularum, quippe qua cautum eſt, non ut ne domino tignum eximere liceat, ſed ne quis id eximere cogatur, ne ædificia reſcindere aut demoliri cum ſummo damno ædificantis neceſſe ſit, *hoc text.* & apud Gajum *d. l. §. cum in ſuo hoc tit. l. 2. §. ſi quis 17. l. ult. ne quid in loc. publ.* unde alii loci explicandi ſunt, quibus traditur, legem prohibere, vetare, non permittere tignum ſolvi, *l. 6. ad exhib. l. 1. de tign. junct. l. qui res 98. in fin. de ſolut.* nimirum non tantùm vendicationem, verùm etiam actionem ad exhibendum his verbis legem tollere voluiſſe, argum. hujus §. & *d. l. 23. §. pen. de rei vend. l. 1. de ting. junct.* Equidem fateor etiam publici decoris & ornamenti rationem hac in re habitam fuiſſe, ne ſcilicet ædium demolitione & ruinis adſpectus deformaretur; cæterum ut hæc cōſideratio extrinſecus legem moverit, non fuiſſe tamen τὸ οὗ ἕνεκα, ſive cauſam, cujus gratia tignum eximi vetuerit, non obſcurè ex eo colligitur, quod alioqui dicendum eſſet, numquam licere civibus ædificia ſua demoliri, aut tignum inde eximere, quod falſum eſt, *l. ſin autem 27. §. ultim. l. Julianus 37. de rei vend. l. 5. in fin. C. eod. l. pro voluptariis de emp. in res dot.* Sed nec quævis tigni exemptio ſecum trahit ruinam ædificii: unde fortaſſis non improbabiliter defendi poſſit, eumdem fuiſſe ſcopum legis 12. tabularum, qui fuit ſenatuſconſulti, quo cautum eſt, ne ea, quæ ædibus juncta ſunt, legare liceat, neve negotiandi cauſa ædificia demoliri, aut marmora, columnas, aliave tigna detrahere, *l. cætera 41. §. 1. l. ſenatus 43. de legat. 1. l. ſenatus 52. de cont. empt. l. ult. de damn. inf.* non alia de cauſa, quàm ut ne integris ædificiis depoſitis publicus deformetur aſpectus, *l. 2.*

Digitized by Google

C. de ædif. priv. ac proindè quemadmodum in ſenatuſconſultum non incidit, qui quid detrahit citra metum ruinæ, ita nec offendere legem antiquam, qui ut condemnationem dupli evitet, tignum eximere malit, modò id faciat ſine periculo ruinæ. Ad hunc fermè modum diſputat Bachovius hic. Mihi, ut verum fatear, fruſtra videtur lege prohiberi, quod ſponte ſua nemo niſi inſanus facturus ſit. Moribus harum regionum actio in duplum de tigno juncto exolevit, conſuliturque domino materiæ actione in factum ad pretium
4 conſequendum, *Grot. 2. introd. c. 10. Zypæ notit. jur. Belg. de rei vend.* uti & jure antiquo ei conſulebatur adverſùs dominum ſoli, qui ipſe tignum non junxerat, ſed ab alio fortè junctum poſſidebat; nam in eum demum, qui convictus erat junxiſſe, in duplum dabatur actio, *l. 1. in fin. pr. de tign. juncti.*

Omnis materia, ex qua ædificia fiunt] Traditur hoc idem & in *l. ſigni 7. ad exhib. l. ſign. 62. de verb. ſign.* unde quidam ajunt, regulam quoque & lapidem & teſtam, hoc ampliùs & calcem & arenam tignorum appellatione contineri: in vineis perticas & pedamena, cæteraque vineis neceſſaria, *d. l. 1. §. 1. de tign. juncti.*

Tunc eam vindicare] etiamſi poſt tempus uſucapionis diſſolutum ſit ædificium: nam qui ædes poſſidet, non intelligitur ſingula tigna poſſidere, ut notatum *ſup. n. 1. l. 23. §. ult. de rei vind. l. 33. de acquir. poſſ. l. 23. de uſuc.*

TEXTUS.

De ædificatione ex ſua materia in ſolo alieno.

30. *Ex diverſo, ſi quis in alieno ſolo ex ſua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus & ſolum eſt. Sed hoc caſu materia dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur eſſe alienata; utique ſi non ignorabat, ſe in alieno ſolo ædificare: & ideò licet diruta ſit domus, materiam tamen vindicare non poteſt. Certè illud conſtat ſi in poſſeſſione conſtituto ædificatore, ſoli dominus petat, domum ſuam eſſe, nec ſolvat pretium materiæ, & mercedes fabrorum, poſſe eum per exceptionem doli mali repelli, utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, qui ædificavit. Nam ſcienti, ſolum alienum eſſe, poteſt objici culpa, quod ædificaverit temerè in eo ſolo, quod intelligebat alienum eſſe.*

NOTÆ.

30 *Ex diverſo*] Ex Cajo *l. 7. §. 12. D. hoc tit.*

Si non ignorabat] Nam ſi ignoravit, quamvis ædificium ſequatur ſoli dominum, materiæ proprietatem non amittit, & eam diruto ædificio vindicare poterit, *l. 2. D. de rei vind.*

Materiam vindicare non poteſt] Quia proprietatem ejus amiſit, *l. 7. §. 12. D. hoc tit.* Cæterum aliud placet, ſi cauſam probabilem afferat, ob quam videatur, licet ſciens, non tamen animo donandi ædificaſſe: veluti ſi ædificavit in ſolo litigioſo, velut in ſpecie *l. 37. de rei vend.* ita cape *d. l. 2. C. de rei vend.* Vveſ.

In poſſeſſione conſtituto] Nam ſi non poſſidet, nulla ei actio in re prodita, qua pretium materiæ aut ſumptus conſequatur, *l. 33. D. de cond. ind. l. 14. D. de exc. dol. leg. 48. de rei vind.* Cujacius tamen incerti condictionem dat, id eſt, poſſeſſionis.

Per exceptionem doli mali] Quia contra æquitatem naturalem poſtulat cum aliena jactura locupletari, *l. 1. §. 1. de exc. dol. leg. 14. D. de cond. ind.*

Poteſt objici culpa] *l. 37. De rei vind.* Hoc tamen ei concedendum, ut ſine læſione prioris ſtatus rei tollat quod poſuit, *dict. l. 37. l. 5. Cod. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quantum ad materiam attinet, jus variare pro conditione perſonarum ex ſua materia in alieno ædificantium.*
2 *Non ſemper eum, qui in alieno ſciens ædificat, donandi animo ædificare intelligi.*
3 *Ædificatorem in poſſeſſione conſtitutum pretium materiæ & impenſas ſervare poſſe oppoſita doli mali exceptione.*
4 *Non poſſidenti nullam eo nomine actionem jure proditam.*
5 *An malæ fidei poſſeſſor pretium materiæ & impenſas eadem ratione ſervare poſſit.*

EXplicatur hìc ſpecies ſuperiori contraria.
Illic quæſitum fuit de eo, qui ex aliena ma- 1
teria ædificavit in ſolo ſuo: hic quæritur de eo, qui ex ſua materia ædificavit in ſolo alieno. De quo ex perſonis ædificantium & tempore variè conſtituitur, quantùm quidem attinet ad materiam & impenſas in ædificando factas: nam ad ædificii acquiſitionem quod attinet, inter perſonas ædificantium nihil intereſt, ſed illius ſemper fit domus, cujus eſt ſolum, juxta regulam jam traditam & expoſitam, *§. præced.*

Utique ſi non ignorabat] Quum non de ædificio ipſo, ſed aut de materia, aut de pretio materiæ aliiſve impenſis conſequendis quæritur, non eadem omnium ædificantium in propoſito ratio eſt: ſed alia ejus, qui bona fide, dum ſuum putat, alia ejus, qui ſciens prudens in alieno ædificavit. De materia ita jus eſt. Qui ex ſua materia in alieno ſolo ædificavit bona fide, is quamvis ædificium quod poſuit, ſolum ſequatur, ac per hoc dominum ſoli, materiæ tamen proprietatem non amittit, *arg. hujus §. in verbis à me notatis.* Et ideò licet manente ædificio nullam de materia neque actionem neque exceptionem habeat,

qui-

Digitized by Google

quibus conſequi poſſit, ut materia ſeparetur, & ſibi reddatur, propter legem 12. tab. de æſtimatione tamen ei conſultum eſt, de quo mox; & ædificio diruto poterit ipſam materiam vindicare, *l.2.C.de rei vend.* Qui autem ex ſua materia in alieno ædificavit mala fide, placet eum proprietatem materiæ amittere, in tantum, ut ne diruto quidem edificio eam vendicare poſſit. Cujus rei ratione hanc affert hic Juſtinianus poſt Cajum in *l.7.§.ex diverſo hoc tit.* quo ſua voluntate materiam intelligatur alienaſſe, id eſt, donaſſe domino ſoli. Nimirum hæc juris adversùs eum, qui non ignorat ſe in alieno ædificare, præſumptio eſt, arg. *l.14.de donat. l. cujus per errorem*
2 *53.de reg.jur.* Cæterum ſi qua probabilis conjectura ſit, ob quam videri poſſit, licèt ſciens, non tamen animo donandi ædificaſſe, diſſoluto ædificio materiam vindicare non prohibetur, *l. 2. C. de rei vend.* Finge aliquem in aliena area ædificaſſe, cujus bonæ fidei emptor fuit: verùm ædificaſſe quo tempore jam ſciebat alienam: negabo id eum animo donandi feciſſe. Quippe cùm ſpem haberet fore, ut aream uſucaperet, *arg. l. Julianus 37. de rei vend.* Finge ædificaſſe in ſolo litigioſo: dicam id ſui juris poſſeſſioniſque tuendæ cauſa feciſſe, non animo donandi, per *d.l.2. C.eod.tit.* Finge denique, colonum aut inquilinum ædificaſſe in area conducta: dicam id factum eſſe, quo commodiùs re conducta uterentur, aut in ea habitarent, non quòd materiam domino donare voluerint, *leg. dominus 55. §. 2. locat.* Sed etsi quis mala fide in alieno ædificavit, dum ex materia item non ſua, æquum eſt ſoluto ædificio materiam ad priſtinum redire, *arg. d.leg.2.* Atque hæc etiam communis interp. ſententia eſt. vid. *Vveſemb. Myns. Scheneid. Cantiunc. hic Bald. Salic. Sichard. ad d. leg. 2. Fachin. 1. controv. 55.*

Si in poſſeſſione conſtituto ædificatore, &c.] Cùm igitur ſtante ædificio ædificator, cujuſcumque generis ſit, nullam, ut dictum eſt, actionem aut exceptionem habeat, qua materiam ipſam conſequatur, quæſitum eſt de materiæ æſtimatione, cæteriſque impenſis, quæ in ædificando factæ ſunt, anne eas ſaltem ædificator remedio aliquo conſequi poſſit. Atque hic iterum aliud atque aliud pro circumſtantia temporis & conditione ædificantium ſervatur. Primùm refert, poſſideat ædes ædificator, an non poſſideat. Si poſſidet, placet, eum impenſas ſervare poſſe per retentionem, oppoſita doli mali exceptione, ſi dominus ædificium vendicet non oblata reſtitutione impenſarum. Et hoc eſt, quod Ju-
3 riſconſulti in *d.l.7.§.ex diverſo* & imp. hic ajunt: *Si in poſſeſſione conſtituto ædificatore ſoli dominus petat domum ſuam eſſe, nec ſolvat pretium materiæ, poſſe eum per exceptionem doli mali repelli*, nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui poſtulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior, *l. nam hoc natura 14. de cond. ind. junct. l. 1. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo uſque dumtaxat dandam, res facta eſt pretioſior, *l. in fundo 38. de rei vend.* & ita demum ſi fructuum ante litem cōteſtatam perceptorum modum excedant, *l. ſumptus 48. eod.* Nam qui ſuum tantùm recipere vult, nihil dolo facit, *l. nihil dolo 129. de reg. jur.* nec ſtudet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantùm agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impenſæ minuantur. Si non poſſidet, nulla ei actio jure prodita eſt, qua pretium materiæ aut ſumptus à ſe factos conſequatur. Id adeò ita eſſe, remotio actionum, quæ 4
hic eſſe poſſint, declarabit. Vendicationem & actionem ad exhibendum ſuſtulit lex 12. tab. Actio de tigno juncto adversùs eum ſolùm comparata eſt, qui ipſe tignum junxit, *leg. 1. de tign. junct.* In factum actio, de qua in *l. in rem. 23. §. item quæcumque de rei vend.* non datur adversùs eum, cujus nullum factum intervenit. Sed nec actio hic eſſe poteſt negotiorum geſtorum: quia qui in rem tamquā ſuam aliquid impendit, ſuum negotium, non alienum gerit; qua ratione etiam ei denegatur repetitio, *l.5. C. de rei vend.* Et generaliter omnibus, qui non ſunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium ſibi obligent, *l.4. C.de neg.geſt. l. in hoc 14.§.1. verſ. diverſum comm. divid.* quippe actus agentium non operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis 19. de reb. cred.* Poſtremò nec conditionem indebiti habere poteſt: nam ut diſſerit Jul. *l. ſi in area 33. de cond. ind.* qui poſſeſſionem ultrò domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum confert: tantum quod ſuum eſt dominus ſuo jure recipit. In quam rem extat & generalis definitio Pomponii, ex quibus cauſis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea ſi ſolverimus, repeti non poſſe, *leg. ex quibus 51. d. tit.* Sed non opus eſt hac inductione: de ſingulis ſi quis dubitet, conſtanter veteres omnes ſcribunt, nullo alio modo impenſas in rem alienam factas ſervari poſſe, quàm per retentionem; oppoſita doli mali exceptione, ſi res à domino vendicetur, *Papinian. l. ſumptus 48. de rei vend. Julian. d.l. ſi in area de cond.ind. Paul. l.14.de dol. mal. exc. Pompon. l. hæres 21. ad Sen. Treb.* Quamobrem cùm hoc remedium nulli alii competere poſſit, quàm poſſidenti; nobis non licet contra manifeſtam rationem juris & textus expreſſos aliud excogitare, quo ſubveniatur etiam non poſſidenti, data ſcilicet ei ultro pro conſequendis impenſis actione, idque ſolo æquitatis obtentu: deficiente cauſa & fundamento, in quo actio radicetur, per *l.1. C. de legib.* ſcilicet faciliùs alicui actione inſtituta per officium judicis ſuccurritur in eodem judicio, quàm ut inducatur actio, quæ non niſi ex certis principiis juris naſcitur: ac proinde etſi hic ſit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen ſola naturalis obligatio actionem non producit, niſi jure civili aut prætorio adjuvetur. *Ant. Fab. 26. err. 9. & ſeq. Cim. Fab. anivers. diſp. 13. th. 3.* Exiſtimat quidem D. Cujacius 10. *obſ.* 4. poſſe non poſſiden-

tem

Digitized by Google

rem condictione incerti poſſeſſionem repetere, atque ita adhuc contra agentem oppoſita doli mali exceptione ſumptus ſervare, arg. *l. indebiti 15. §. 1. l. qui exceptionem 40. §. 1. de cond. ind.* Sed multum intereſt; utrùm quis in rem alienam, qua talem, & quam ſcit ſe reſtituere debere, ac proinde animo alium ſibi obligandi, impenſas faciat, de quo caſu dd. textus loquuntur; an ſuo nomine tanquam in rem propriam, qui caſus hic proponitur, per text. in *d. l. 14. §. 1. comm. div. l. 5. C. de rei vend.* Fallitur quoque Martinus Gloſſator, eumque ſecutus Gœd. in *leg. impenſa 79. de verb. ſign.* dum non poſſidenti utilem actionem negotiorum geſtorum dant, arg. *l. 6. §. 3. de neg. geſt. l. 8. de pign. act. l. 7. §. ult. ſol. matr.* Nam in *d. l. 6. §. 3.* agitur de eo, qui ad res alienas tanquam alienas gerendas acceſſit, licèt eo animo, ut inde lucrum faceret, aut quaſdam interverteret. In reliquis duabus de iis agitur, qui impenſas fecerint in rem, quam ex contractu & à domino acceperunt, quos certum eſt vel actione contraria vel negotiorum geſtorum ſumptus in eam factos conſequi poſſe: quod & vulgò hic notant DD. Non obſtat nobis *l. 5. C. de rei vend.* ubi etiam malæ fidei poſſeſſor dicitur habere repetitionem neceſſariarum impenſarum. Primùm quia hic non de neceſſariis impenſis quæritur, ſed de utilibus Deinde quia ex eo, quod dicitur impenſarum eſſe repetitio, non ſequitur illico eo nomine etiam eſſe actionem: ſufficit enim repetitionem eſſe ſuo modo, per retentionem videlicet & exceptionem: quippe verbum repetitionis, uti petitionis, etiam ad eum pertinet, qui exceptione utitur, *l. 1. de except. l. 15. rat. rem. hab.* neque aliter *in d. l. 5.* accipi poteſt, ubi agitur de ædificatione conſtituto in poſſeſſione, *D. Don. 20. comm. 7. poſt. Cyn. Caſtr. Salic. in d. l. 5.* Martini tamen ſententiam æquitatis commendatione nunc in judiciis prævalere, ſaltem quatenus dominus locupletior factus eſt, ſcribit D. Carol. Molin. *ad conſuet. Pariſ. tit. 1. §. 1. gloſſ. 5. num. 82. & ſeqq.* quod promptiùs admittendum in eo, qui bona fide in alieno ædificavit, per *l. ſi & me & Titium 32. de reb. cred. Paul. Buſ. ad l. 33. de cond. indeb. Diod. Tulden. hic. cap. 58.* nam & hic diruto ædificio materiam ipſam vendicare non prohibetur, *add. Garz. de expenſ. & melioras. c. 1. n. 24. & c. 7. Zypæ not. jur. Belg. de rei vend.*

Utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit &c.] Non ſatis eſt ad ſervandas impenſas, ædificatorem in
5 poſſeſſione conſtitutum eſſe, niſi factæ ſint bona fide: malæ fidei poſſeſſori hæc impenſarum deductio denegata eſt, *l. Julianus 37. de rei vend. l. idque 45. §. 1. in fin. de act. empt. l. 5. C. de ædif. priv.* Quibus conſentaneum eſt, quod ſcribit Papinianus, *l. ſumptus 48. de rei vend.* ſumptus in prædium alienum factos peti quidem non poſſe, ſed exceptione doli oppoſita per officium judicis, æquitatis ratione ſervari, ſi à bonæ fidei poſſeſſore facti ſint; ut intelligamus in malæ fidei poſſeſſore, ne æquitatis quidem ratione eo pacto ſervari debere. Etenim ſi is item ſimili ſe exceptione tueri velit adversùs dominum vendicantem, culpam ei obiici poſſe, & à domino replicari, quòd temerè & ſciens ædificaverit in alieno ſolo, *hoc text. & l. 7. §. ex diverſo eod. l. Julianus 37. de rei vend.* Denique ſumptus per errorem factos hac ratione ſervari poſſe, *l. ſin autem 27. §. ult. d. tit.* qui improbè facti ſunt, reſtituendos non eſſe, *l. 5. C. de ædif. priv.* Quid igitur eſt, quod Paulus ſcribit, *l. plane 38. de hær. pet.* etiam in prædonis perſona haberi rationem impenſarum, ne petitor ex aliena jactura locupletetur? Non diſtinguam, ut vulgò, inter petitionem hæreditatis & ſpecialem actionem in rem: neque enim adhuc ulla ratio mihi probabilis viſa, cur in propoſito hæc judicia ſeparentur: ſed animadvertendum eſt, Paulum non ſimpliciter dicere, etiam prædonem impenſas deducere, aut imputare, ſive per retentionem oppoſita doli mali exceptione ſervare: verùm in hujus quoque perſona haberi rationem impenſarum neceſſariarum & utilium. Quod ſic omnino accipi debet, ut neceſſarias quidem deducat, (nam neceſſariarum impenſarum deductio tributa eſt omnibus poſſeſſoribus, etiam qui mala fide poſſident, *l. 5. C. de rei vend.*) utiles verò, de quibus ſolis hic quæritur, ſine læſione rei tollat, *d. l. Julianus de rei vend. l. 5. C. eod.* Nam ita quoque in prædonis perſona utilium impenſarum ratio habetur, quarum tollendarum ſtricto jure nulla ei poteſtas. Quid ergo ſi nolit petitor pati, ut utiles impenſas tollat? Poteſt ſanè id pro ſuo jure facere, *l. in fundo 38. de rei vend.* ſed hoc caſu utiles quoque impenſæ deducentur, ne quod ait Paulus, ex aliena jactura petitor lucrum ſentiat: quæ ratio in utilibus impenſis hoc demum caſu locum habet, non autem ſi paratus ſit petitor pati, ut tollantur. ita *D. Ant. Fab. conſ. 1. & dec. 26. err. 8. & ſeqq.* cui in hoc aſſentior, licet D. Bachovius vulgatam inter petitionem hæreditatis & ſingularum rerum diſtinctionem magis probet, *not. ad Trevel. 1. diſp. 14. theſ. 19. & p. 2. diſput. 20. theſ. 6.* Alii. d. l. 38. reſtringunt ad impenſas utiles & neceſſarias ſimul. Sed tunc nihil definierit Juriſconſultus de utilibus tantùm: & tam utiles ſimpliciter, quàm quæ ſimul neceſſariæ ſunt, intellexiſſe Juriſconſultum, oſtendunt exempla, quæ in *l. 39. eod. tit.* mox proferuntur: inter quæ & litis æſtimatio ſervorum gratia ſoluta; quæ utique utilis tantùm impenſa eſt, non etiam neceſſaria. Quæſtio univerſa de retentione rei ob ſumptus in eam à poſſeſſore factos multas & magnas recipit varietates, tum ex perſonis poſſeſſorum & petitorum, tum ex cauſis & generibus ſumptuum, quæ omnia ſigillatim perſequi non eſt hujus loci, *vid. D. Donel. l. 20. comm. 7. Coſtal. in l. in fundo 38. de rei vid. & in l. ſi in area 33. de cond. ind. Menoch. rec. poſſ. rem. 15. n. 500. & ſeqq. Charond. lib. 10. reſp. 16. Garz. de expenſ. & melioras.* & alios allegatos à *D. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 174.*

Tex-

Digitized by Google

Textus.

De Plantatione.

31. *Si Titius alienam plantam in ſolo ſuo poſuerit, ipſius erit. Et ex diverſo; ſi Titius ſuam plantam in Mævii ſolo poſuerit, Mævii planta erit, ſi modo utroque caſu radices egerit: ante enim quàm radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut ſi vicini arbor ita terram Titii preſſerit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non patitur, ut alterius arbor eſſe intelligatur, quàm cujus in fundum radices egerit. Et ideò circa confinium arbor poſita, ſi etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.*

Notæ.

31. *Si Titius alienam plantam*] *Dict. l. 7. §. ultim. hoc tit. l. 26. §. 2. eodem l. 5. §. 3. de rei vend.*

Si modò utroque caſu radices] Qùia ex eo tempore, non ſolùm ut ſuperficies ſolo adhæreſcit, & cum ſolo unum corpus conſtituit, *l. 40. D. de act. empt.* ſed etiam ex ſolo alimentum trahit: unde nec eadem arbor, quæ in alieno ſolo coaluit, manere intelligitur, nec denuo eruta ad priorem dominum revertitur, *dict. l. 26. §. 2. hoc. tit.* Cæterum Nerva, & Varus priori domino utilem in rem actionem dabant, *l. 5. §. 3. de rei vend.*

Communis fit] Non pro indiviſo, ſed pro regione cujuſque prædii, *l. 8. h. t.* eruta autem pro indiviſo communis eſſe incipit, *l. 19. comm. div. l. pen. pro ſoc.* Itaque in *d. l. 8. §. 1.* pro *& ſunt pro indiviſo communia prædia*, legendum eſt, *pro diviſo*. Cujac.

Commentarius.

1 *Proprietatem arboris tranſplantatæ poſt coalitionem ita immutari, ut non eruta quidem ad priorem dominum revertatur.*
2 *Quomodò priori domino conſulatur de pretio plantæ, primùm ei, qui alienam poſuit in ſolo ſuo, deinde & qui ſuam poſuit in alieno.*
3 *Pomponius cum Gajo, & Juſtiniano conciliatus.*

Secunda ſpecies ceſſionis propoſitæ eſt plantarum poſitarum in alieno ſolo: de qua ita poſt Gajum in *l. 6. §. ult. hoc tit.* ſcribit Juſtinianus: *Si Titius alienam plantam in ſolo ſuo poſuerit, ipſius erit.* Et ex diverſo, *Si Titius ſuam plantam in Mævii ſolo poſuerit, Mævii planta erit: ſi modò utroque caſu radices egerit, ante enim quàm radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat.* Tria ſunt, quæ his verbis docemur. Primum eſt, plantas in alieno ſolo poſitas, ejus manere cujus fuerant, uſque dum radices egerint: alterum, ex quo radices egerint, ſolo cedere, & incipere ejus eſſe cujus eſt ſolum: tertium, nihil in propoſita ſpecie intereſſe, utrùm quis in ſuo ſolo plantam alienam poſuerit, an in ſolo alieno plantam ſuam. Ratio ceſſionis ſuprà eſt expoſita: cui etiam hæc accedit, quòd plantæ non tantùm in ſolo conſiſtant, ſed ubi radices egerint, etiam ex eo ſolo alimentum capiant & ſuccum, citra quem vivere ac vegetari non poſſunt, *l. ſed ſi meis 26. §. 2. hoc tit.*

Si modò utroque caſu radices egerit] Idem valet, ſi coaluerit, *§. ſeq. & d. l. ſed ſi meis 26. §. 2. eod. l. hoc amplius 9. §. Alfenus de dam. inf.* nam radicum immiſſione fit, ut plantæ cum terra coaleſcant & uniantur, ut jam earum non ſit ſeparatum à fundo corpus, *l. Q. Mucius 40. de act. emp.* Coaluiſſe autem, & radices immiſiſſe, certum indicium eſt, ſi vivit adhuc & vegetatur arbor poſt id tempus, quo emori & exareſcere poterat;
& certiùs etiam, ſi quid ex ſe emittat, aut fru- 1
ctum ferat. Et ſciendum eſt, proprietatem arboris tranſplantatæ, ubi ſemel radices egerit, ita commutari, ut nec eruta poſtea ad priorem dominum revertatur, *d. l. ſed ſi meis §. 2.* Quamobrem nec ei ſic conſultum eſt, ut domino materiæ, quæ juncta eſt alieno ædificio: quippe quam dominus, cùm eadem maneat, & ſuo ſenſu ejuſdem, diruto ædificio vendicare poteſt, *leg. 2. C. de rei vend.* arbor autem quæ in alieno terræ coaluit, non manet eadem, ſed fit alia & nova alieno novi ſoli alimento, *d. l. ſed ſi meis §. 2.* Hinc etiam eſt, quòd qui plantam ſuam in alieno poſuit, nec poſſidens retentionem habeat in hoc, ut poſitam ſibi tollere liceat, cùm nec ſeparata ejus ſit: quod contra eſt in eo, qui ex ſua materia in alieno ædificavit, *l. ſin autem 27. §. ult. l. Julianus 37. de rei vend. l. 6. C. eod. vid. §. præced.*
Cæterum æquum eſt, adversùs eùm, qui alienam
arborem in ſuum transtulit, de pretio ſaltem 2
priori domino arboris conſuli, ne ſic res ei pereat alieno facto, ut nec æſtimationem conſequatur. Dabimus ergo ei actionem in factum ex definitione *l. in rem 23. §. item quæcumque de rei vend.* Varus & Nerva utilem in rem dabant, *l. 5. de arbore d. tit.* nimirum pretii conſequendi gratia, nam directam in rem non habet, *l. 9. §. Alfenus de damn. infect.* Adversùs eum, qui mala fide tranſtulit, eſt etiam actio furti, & condictio furtiva, ut adversùs furem, *§. ult. inf. de obl. quæ ex del.* Eſt & vindicatio, & ad exhibendum, non quaſi adversùs poſſidentem, ſed quaſi qui deſierit poſſidere, *l. 1. in fin. & l. 2. de tign. junct.* At ſi quis ſuam plantam poſuerit in alieno, hìc eadem obtinebunt, quæ diximus de eo, qui ex ſua materia in alieno ædificavit. Igitur ſi poſſeſſione excidit, nullam de pretio arboris aut ſumptibus à ſe factis actionem habet: nam nec in fa-

ctum

Digitized by Google

ctum dari poteſt; quia hæc eſt damno alii dato: ſolùm hoc ei relinquitur, ut ſi bona fide poſuit, & adhuc in poſſeſſione eſt, æſtimationem & ſumptus ſervet per doli mali exceptionem, *leg. ſi quis ſciens 11. Cod. de rei vend. l. qua ratione 9. in pr. hoc tit.* Malæ autem fidei poſſeſſori culpa objici poteſt, quòd temerè plantam poſuerit in ſolo, quod ſciebat alienum eſſe, *arg. §. præced.*

Vt in ejus fundum radices egerit] Sic nimirum, ut tota jam ex terra Titii alatur: quod aliquando contingere poteſt; veluti ſi veteribus radicibus exareſcentibus aut putreſcentibus novas arbor in vicini fundum projiciat, ita ut jam omne alimentum ex terra vicini dumtaxat trahat, Conſulendi hìc rei ruſticæ ſtudioſi. Illud à mente & verbis Juſtiniani planè alienum eſt, quod quidam ſcribunt, non veterem arborem, quæ in vicino fundo poſita in Titii fundum radices egerit, Titii fieri; quaſi impoſſibile ſit, ut ea omnes radices in Titii fundum agat, ſive ut tota inde alatur; ſed novam, quæ fortè ex ramis in terram Titii depreſſis exurgat. Ait enim Juſtinianus, proprietatem arboris commutari. quod omninò de vetere arbore, quæ ante vicini erat, accipiendum eſt: & quod ſequitur de arbore propè confinium poſita, eam communem fieri, ſi in vicini quoque fundum radices egerit, non de alia accipi poteſt, quàm quæ antea fuerat tota unius.

Si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit] Efficit hoc eadem ratio: ſed hoc ſit temperandum, ſi ea arbor in vicini fundum etiam integras aliquot radices egerit; nam ſi extremas tantùm radicum partes in vicini fundum porrexerit, quamvis inde nonnihil alimenti capiat, ejus tamen manet, cujus in fundo origo ejus fuit; eò quòd radices magis juxta arboris truncum ſpectandæ, quàm partes earum extimæ. Et ita Pomponius in *l. 6. §. ultim. arb. furt. cæſ.* cum Gajo & Juſtiniano conciliandus, *D. Pac. in analyſ. hic.*

Communis fit] Abuſivè. Non enim pro indiviſo communis fit, ſed pro regione cujuſque prædii, *l. pro regione hoc tit.* Cæterum eadem arbor eruta communis eſſe incipit pro indiviſo, tamquam partibus, quæ priùs certis locis diſtinguebantur, jam invicem confuſis. Eademque ratio eſt lapidis in confinio nati, & inde poſtea exempti, *l. arbor 19. comm. div. l. pen. pro ſoc.* rectèque monet D. Cujac. *hic in d. l. pro regione hoc tit.* legendum eſſe, *& ſunt pro diviſo communia prædia*: non ut in codice Piſano legitur, *pro indiviſo*. Et verò confinium non eſt, niſi in fundis vicinis, qui finibus diſcreti ſunt.

TEXTUS.

De ſtatione.

32. *Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coaleſcunt, ſolo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ ſata ſunt, ſolo cedere intelliguntur: Cæterum ſicut is, qui in alieno ſolo ædificavit, ſi ab eo dominus petat ædificium, defendi poteſt per exceptionem doli mali, ſecundùm ea quæ diximus, ita ejuſdem exceptionis auxilio tutus eſſe poteſt is, qui alienum fundum ſua impenſa bona fide conſevit.*

NOTÆ.

32. *Quæ ſata ſunt, ſolo cedere*] *Leg. 9. pr. D. h. t.* non enim ampliùs ſemen, quod ſolo injectum eſt, inſpicitur, ſed ſolum, in quod injectum eſt, *l. 25. pr. & §. 1. De uſur. l. 11. Cod. de rei vend.*

Bona fide conſevit] Addendum hoc Cajo *d. l. 9. pr.* nam bonæ fidei poſſeſſori tantùm exceptio competit, *d. l. 11.*

COMMENTARIUS.

Tertia ſpecies acceſſionis ſuperiori planè ſimilis eſt frumentorum, quæ in alieno fundo ſata ſunt: nemo enim unquam dubitavit, quin ſi in meo fundo tuum frumentum ſeverim, ſegetes meæ fiant: & ex diverſo, ſi tuum fundum meo frumento conſeverim, tuæ fiant: non enim ſemen, quod injectum ſolo eſt, ampliùs inſpici placuit, ſed ſolum, in quod injectum eſt, & corpus unde ſegetes naſcuntur, *l. qui ſcit 25. in princ. & §. 1. de uſur.* Quibus autem modis domino plantæ, quę in alieno terræ coaluit, conſulitur, iiſdem & domino injecti ſeminis. Igitur ſi quis ſuum fundum alieno ſemine bona fide conſeverit, non poterit dominus ſeminis alia actione, quàm in factum æſtimationem conſequi: adversùs eum autem, qui idem fecerit mala fide, eſt actio furti & condictio furtiva: eſt & in rem & ad exhibendum, ut adversùs eum, qui dolo malo deſiit poſſidere. Quòd ſi quis alienum fundum ſuis impenſis conſeverit, ſiquidem bona fide, is, ſi in poſſeſſione ſit, poterit per retentionem impenſas à ſe factas ſervare oppoſita doli mali exceptione, ſi res vindicabitur, *l. 9. pr. hoc tit.* poſſeſſione verò amiſſa nullam impenſarum nomine actionem habet. Si mala fide, ne poſſidens quidem, vel per retentionem quicquam ſervare poteſt, *l. ſi quis 11. C. de rei vend. fac. l. qui alienum 14. de donat.*

TEXTUS.

De Scriptura.

33. *Litteræ quoque licèt aureæ ſint, perindè chartis membraniſve cedunt, ac ſolo cedere ſo-*

ſolent ea, quæ inædificantur, aut inſeruntur. Ideoque ſi in chartis membraniſve tuis carmen vel hiſtoriam vel orationem Titius ſcripſerit, hujus corporis non Titius, ſed tu dominus eſſe videris. Sed ſi à Titio petas tuos libros, tuaſve membranas, nec impenſas ſcripturæ ſolvere paratus ſis, poterit ſe Titius defendere per exceptionem doli mali, utique ſi earum chartarum membranarumve poſſeſſionem bona fide nactus eſt.

Notæ.

33. *Membranis cedunt*] Eadem ratione, qua ſuperiora; quia chartæ & membranæ inſtar ſoli ſunt, & fundamenti, quo litteræ ſuſtinentur, *d.l.9.§.1.h.t.l.23.§.3.D.de rei vend.*

Per exceptionem doli mali] Qua oppoſita per retentionem rei impenſam ſcripturæ conſequetur, *d.l.9.§.1.*

Commentarius.

HÆc quarta ſpecies eſt hujus generis acceſſionis. Ait, litteras licet aureas, chartis membraniſve cedere, perindè ac ſolo cedunt quæ inædificantur aut inſeruntur, ut nimirum totius corporis idem ſit dominus, qui & chartæ aut membranarum fuit, eadem ratione, qua ſuperiora, quòd ſcilicet velut in alieno ſolo poſitæ habeantur, ac neceſſe ſit ei rei eas cedere, ſine qua eſſe non poſſunt: quæ Pauli ratio eſt hujus generis acceſſionum omnium communis, *l. in rem.23.§.3.de rei vend.* qui etiam alibi disertè affirmat, id quod in charta mea ſcriptum eſt, meum eſſe, *l.3.§.fin.ad exhib.* Et ſi igitur litteræ aureæ ſint, ut hic dicitur, & in *l.9.§.1.eod.* chartiſque longè pretioſiores, tamen acceſſionis vicæ chartæ cedant neceſſe eſt: ut & purpura, licèt pretioſior ſit, veſtimento cedit, & ſuperficies, quæ & ipſa plerumque pretioſior eſt ſolo. Contra hanc tamen acquirendi rationem diſputat hoc loco D. Hotomannus. Ait, abſurdam eſſe chartæ & ſoli, ædificii & ſcripturæ comparationem: non enim ſicut area ædium, ita & chartam carminis vel hiſtoriæ in ea ſcriptæ partem eſſe. Chartam ex earum rerum numero contendam, quæ uſu deleantur; nam eam ſcriptura impoſita quodammodò interire & conſumi; atque ob id ſufficere debere, ſi domino æquè bona reddatur, aut ſolvatur ejus æſtimatio. Sane perquam iniquum & abſurdum videri, eum, qui fortè rationes ſuas aut meditationes in aliena charta ſcripſerit, quas plurimum ejus interſit cum aliis non communicari, ſcripturam amittere, eaſque chartas à domino vendicari poſſe. Et quid ſi inventarius ſit aliudve inſtrumentum, in quo fortunæ alicujus poſitæ? Sed verum non eſt, quod Hotomannus ait, chartam acceſſione litterarum perire aut conſumi: totaque ſua diſputatione nihil aliud efficit, quàm quod in propoſito, ſi forte tales ſpecies, qualium ille meminit, inciderint, ratio hujus juris non præcisè ſervanda ſit. Quis autem hoc neget? Hodie etiam totum hoc jus mutatum creditur, ut jam non ampliùs ſcriptura chartæ, ſed charta ſcripturæ cedat, chartamque ad ſe per prævalentiam ſcriptura trahat, teſtis poſt alios *Mynſing.hic.* ex noſtris *Grotius lib. 2. manuduct.c.8. add. Diod.Tuld. hic c.38.*

Poterit ſe Titius defendere per except.] Scribenti niſi chartam poſſideat, ſcriptura ſua perit: nam neque vindicare eam poteſt, quia totum vendicaret, quod illius non eſt: nec ad exhibendum agere, ut ſcriptura ſeparetur, quod fieri non poteſt. In factum quoque actionem non habet, non magis quàm cæteri, qui in alieno quid poſuerunt, quod ſolo ceſſerit: adeòque ipſe ſuo ſibi pacto ſcripturam adimit, dum chartæ adiicit, cujus dominus eam à re ſua accipit, ut dominus ſoli à ſolo accipit ædificata & ſata, *l. ſi in area 33.de cond. ind. l. 11. C. de rei vend.* Tantùm exceptio doli bona fide poſſidenti relinquitur, ut per retentionem rei impenſam ſcripturæ conſequatur, *d. l. 9. §.1.hoc tit.* nec aliter tamen, quàm ſi & ſcriptura utilis ſit domino chartæ, ut ea recepta locupletior fiat propter ſcripturam, *arg.l.in fundo 38. de rei vend.* Cæterum non ut qui ſoli dominus eſt, alienam materiam aut plantam ſolo ſuo jungere poteſt, ita & qui dominus eſt chartæ, alienam ſcripturam chartæ ſuæ imponere. Quamobrem nec omnia, de quibus in ſuperioribus, ad hanc ſpeciem applicari poſſunt.

Textus.

De pictura.

34. *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere: aliis videtur picturam (qualiſcumque ſit) tabulæ cedere: ſed nobis videtur melius eſſe, tabulam picturæ cedere. Ridiculum eſt enim, picturam Apellis vel Parrhaſii in acceſſionem viliſſimæ tabulæ cedere. Unde ſi à domino tabulæ imaginem poſſidente is, qui pinxit, eam petat, nec ſolvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali ſubmoveri. At ſi is, qui pinxit, eam poſſideat, conſequens eſt, ut utilis actio domino tabulæ adverſus eum detur: quo caſu ſi non ſolvat impenſam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit ille, qui picturam impoſuit. Illud enim palam eſt, quòd ſive is, qui pinxit, ſurripuit tabulas, ſive alius, competit domino tabularum furti actio.*

No-

NOTÆ.

Nobis videtur melius] Amplectitur ſententiam Caii *in l.9.§.2.h.t.* propter pretium picturæ, id eſt, propter dignitatem & præſtantiam artis. Igitur ζωγραφία efficacior eſt pictura literarum.

Picturam Apellis vel Parrhaſii .] Placuit tamen in univerſum tabulam picturæ cedere etiam ignobilioris alicujus pictoris, nec tam artificis, quàm artis excellentiam ſpectari, *d.l.9.§.1.* De Apelle, Parrhaſio, aliiſque primæ notæ pictorib. Plin. 35.c.9.210.

Qui pinxit eam petat] Recta ſive directa vindicatione, quæ pictori, ut domino, competit, *d.§.2.l.9.*

Vtilis actio] Quæ etiam non domino quibuſdam caſibus datur, *l.5.§.3.D.de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in pictura à communi ratione acquirendi receſſum.*
2 *Quid ſi non Appelles aliquis, ſed inferioris notæ pictor in aliena tabula pinxerit.*
3 *Quomodò ſuccuratur domino tabulæ adversùs pictorem.*
4 *Quid ſi pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato.*
5 *In concurſu adverſus tertium poſſeſſorem uter præferendus.*
6 *Eum qui ſciens in aliena tabula pinxit, ejuſdem conditionis videri, cujus, qui ſciens in alieno ſolo ædificavit.*

QUinta & poſtrema hujus generis ſpecies eſt pictura, quæ & ipſa ex eadem ratione tabu-
1 læ, cui impoſita eſt, cedit. Neque quicquam de jure ceſſionis mutat pretium picturæ: alioqui dicendum eſſet, nec ædificium areæ, nec purpuram veſtimento, nec litteras aureas chartis cedere debere: naturale enim eſt, ut adjunctum cedat ſubjecto, hoc eſt, ei rei, ſine qua illud eſſe non poteſt, licèt majoris ſit pretii, ut diſputat Paulus contra nonnullos veterum, qui de pictura contra ſentiebant, *l. in rem, 23.§.3. de rei vend.* Cæterùm Juſtinianus hic inſuper habita & auctoritate & ratione Pauli, veterum illorum, inter quos & Gajus noſter fuit, *l.9.§.2.hoc tit.* ſententiam amplectitur, vultque nominatim quod iis placebat, in ſpecie propoſita ſubjectum cedere adjuncto, tabulam picturæ. Rationem ſi quæras, ſcribit Paulus *d.loc.* eos, qui in pictura à communi acquirendi ratione recedendum putabant, ita ſenſiſſe propter pretium picturæ: quamvis ei hæc ratio tanti viſa non ſit, ut ob id diverſum jus in pictura ſtatui debuerit. Et ſanè non eſt, ſi ea de ſolo pretio rei pictæ accipiatur: verùm arbitror veteres maximè pretium ipſius artis ſpectaſſe, cujus ſcilicet tanta ſit dignitas, præſtantia atque nobilitas, ut quæ ab ea profecta ſunt, etiam prærogativam aliquam in re, de qua agimus, mereatur. Sanè vocis picturæ ſignificatio id non impedit: quippe qua non minùs ars ipſa pingendi, quàm res aut tabula picta denotatur, veluti cum dicimus, certare pictura, docere, exercere picturam &c. *Plin. lib. 35. cap. 9. Certamen picturæ inſtitutum eſt Corinthi ac Delphi*, D. ejuſdem *lib. c. 10. Hujus* (Pamphili Macedonis) *auctoritate effectum eſt Sicyone, ut pueri ingenui picturam in luxo docerentur.* Quanto autem hæc ars in pretio atque honore fuerit, vel ex eo æſtimare licet, quod dignatione liberalium cenſeretur; & quidem in primo gradu; eamque ſolos ingenuos & honeſtos exercere fas eſſet, interdicto perpetuo, ne ſervilia docerentur, teſte *Plin. d. loc.*

Aliis videtur, picturam, qualiſcumque ſit, tabulæ cedere] Hoc eſt, picturam, etiam quæ maximi pretii ſit, & nobiliſſimam, cedere tabulæ cui impoſita eſt, licèt longè viliori. Inter hos autem & Paulus noſter eſt, *d.l. in rem 23. §. 3. de rei vend.* cujus ſententia cum aliis locis, à quibus commodè ſeparari non potuit, in contextum fortè irrepſit. Qui negant, Paulum ab aliis diſſenſiſſe, eos oportet eſſe egregios diſſidentium opinionum conciliatores.

Picturam Appellis vel Parrhaſii] Quid ergo, ſi 2
non Apelles aliquis, aut Parrahaſius, Zeuxiſve aut Phidias, ſed alius longè inferioris notæ pictor imaginem in aliena tabula poſuerit? An dicemus, imaginem, quam ille pinxit, tabulæ cedere, quia Juſtinianus inſignium tantùm pictorum mentionem facit? Mihi quidem non videtur ea mens eſſe Imperatoris, cùm Gajus, cujus ſententiam hic ſequitur & approbat, ſimpliciter pronuntiet, placere tabulas picturæ cedere, *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Et ſanè non ſatis rationi convenit, ob excellentiam alicujus artificis jus in univerſum mutare, quod hic factum eſt. Quamobrem exiſtimo, Juſtinianum exempli tantùm cauſa inſignium horum pictorum meminiſſe; in univerſum autem non artificis, ſed artis præſtantiam cum cæteris ſpectaſſe: ita propemodum & *D. Tulden. hic 38. & Fabrot. ad Theop.* De Apelle, Parrhaſio, aliiſque primæ notæ pictoribus antiquis vid. *Plin. dd. locis.*

Is qui pinxit, eam petat, nec ſolvat pretium tabulæ] Ex ſententia Juſtiniani & Gaji competit ei, qui pinxit, adversùs dominum tabulæ, recta vindicatio. Hinc quia domino tabulæ etiam vice mutua cavendum, ne cum re ſua pretium quoq; alieno facto amittat; placuit, eum: qui pinxit, non aliter in rem efficaciter experiri, quàm ſi pretium tabulæ inferat: alioqui nocituram ei doli mali exceptionem, *d. l. 9. §. 2.*

Conſequens eſt, ut utilis actio domino tabulæ] At cui conſequens? Nihil enim hactenus dictum, unde hoc conſequatur, Imò ex eo, quòd tabulam picturæ cedere dictum eſt, eumque, qui pinxit, dominum tabulæ fieri, contra potiùs colligas priori tabulæ domino omnem omnino vendicationem negari. Verum arbitror, Juſtinianum hoc ſignificare velle; cum omnibus, qui rem ſuam ſi-

ne ſa-

Digitized by Google

ne facto ſuo hoc jure amittunt, actione aliqua ſuccurratur, qua, ſi non rem, ſaltem pretium con-
3 ſequantur, æquiſſimum eſſet, ut ſubveniatur & domino tabulæ, qui rem ſuam ſimiliter amiſit: cùmque eo nomine variæ comparatæ ſint actiones pro conditione rerum junctarum, veluti ad exhibendum, ſi ſeparari poſſunt; *l.6.ad exhib.* ſi non poſſunt, actio in factum: *d.l. in rem 13. §. item quæcumque de rei vend.* nonnumquam etiam ex æquo & bono contra ſeveritatem juris detur utilis in rem, ut in ſpecie *leg.5.de arbore eod.tit.* quæ propè abeſt à noſtra. placere etiam hanc eadem æquitatis rationem domino tabulæ accommodari. Et fortaſſis hoc eo faciliùs, quia tabula eadem & integra manet; & hoc reſpectu etiam quodammodò ejuſdem; nam & materia, quæ ædificio juncta eſt, ſimili ratione ejuſdem manere dicitur: nec dubito, quin deleta pictura aut inducta, in priſtinam cauſam tabula redeat, & rectà poſſit à domino vindicari, *arg.l.ſi habitator 59.de rei vend. l. 2. C. eod.* contra quam exiſtimat Cantiuncula.

Nec ſolvas impenſam picturæ] Quid ergo, ſi pi-
4 ctor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato? uter audiendus? Haud dubiè pictor: quippe qui juris auctoritate verus dominus factus etiam directam in rem adversùs poſſeſſorem dominum tabulæ actionem habet; quia ſcilicet efficaciter experiatur, etiamſi poſſeſſor retinere malit, paratus ſolvere impenſam picturæ, ut rectè poſt Gloſſam communiter interpretes cen-
5 ſent: quibus proindè etiam in eo aſſentior, quòd in converſu adversùs tertium poſſeſſorem, eum qui pinxit, domino tabulæ præferunt; licet D. Donellus *lib.4.comm.c.36.* contra diſputet, neutrumque alteri velit præferri, ſed occupantis meliorem eſſe conditionem; in eo errans, quòd exiſtimat, utilem in rem actionem in ſpecie propoſita ejuſdem eſſe efficaciæ, cujus eſt directa, contra mentem Imperatoris & Juriſconſulti, quos manifeſtum eſt, ſicut tabulam picturæ cedere volunt, ità etiam, pictorem quàm dominum tabulæ, actionem directam quàm utilem, potiorem eſſe voluiſſe. Diſputatio autem Fabri, quando actio utilis directæ præferatur, huc non pertinet: ſed locum habet in actionibus in perſonam, aut ubi quis à domino jus aliquod dominio proximum habet, ut emphiteuta & ſuperficiarius.

Utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, &c.] Num igitur ei, qui mala fide pinxit, hac parte juris nullo modo conſultum eſt? Et doli quidem mali exceptio apertè hìc poſſidenti denegatur, licèt dominus tabulæ tabulam ab eo petat non oblato pretio picturæ. Cæterum omiſſa exceptione doli, poteritne ſaltem (quod Wveſembecio & Bachovio placere video) excipere de domino tabulæ, atque ita vincere oblata tabulæ æſtimatione; cùm mala fides non impediat, quominùs hiſce modis per acceſſionem dominium quæratur? *§. ſi tamen 26. ſup. eod.* Mihi videtur Juſtinianus
6 non obſcurè ei, qui ſciens in aliena tabula pinxit eadem ratione exceptionem denegare, qua ſupra denegavit ei, qui ſciens ædificavit in alieno ſolo; nimirum quòd hìc pictor operam ſuam & rem, quam contulit, ſua voluntate amiſiſſe intelligatur, ſicut ille operam & materiam. Quòd ſi poſſidenti nullam damus exceptionem, multo minus amiſſa poſſeſſione erit ei in rem actio adversùs dominum tabulæ, quamvis pretium offerat.

Textus.

De fructibus bona fide perceptis.

35. *Si quis à non domino, quem dominum eſſe crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet juſta cauſa, æquè bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura: & ideò ſi poſtea dominus ſupervenerit, & fundum vendicet, de fructibus ab eo conſumptis agere non poteſt, Ei verò qui alienum fundum ſciens poſſederit, non idem conceſſum eſt: itaque cum fundo etiam fructus, licet conſumpti ſint, cogitur reſtituere.*

Notæ.

35. *Quem dominum eſſe cred.*] Aut jus alienandi à domino aut lege habere, puta procuratorem aut tutorem eſſe, *leg. 109. de verb. ſign.*

Vel ex donatione.] Igitur malè diſtinguit Pac. inter poſſeſſorem ex cauſa onerosa & lucrativa.

Alia juſta cauſa.] Idonea ad transferendum dominium, ut venditio, permutatio, donatio, &c.

Placuit fructus] Non induſtriales tantùm, ſed etiam naturales, [illegible], *l.48. D.h.t.leg.77.D.de rei vend.l.13.quib. mod. uſ. am.* Nam b. f. poſſeſſor fructus jure ſoli percipit, atque eo jure, quod dominis prædiorum tributum, ei ve, qui agrum vectigalem habet, *leg. 25.§.1.D.de uſur.* Obſt. *l. 4.§.D.d.t.* Reſp. intelligenda eſt de poſſeſſoribus, qui juſtum titulum non habent.

Quos percepit] Percepti intelliguntur ſimul atque à re, qua tenebantur, quocumque modo ſeparati ſunt, *d.l.48. h.t.l.78.de rei vind.l.13.quib. mod.uſ.am.l.25.§.1.de uſur.*

Pro cultura & cura] Hæc non eſt ſola hujus acquiſitionis ratio: præcipua quærenda eſt in perſona bonæ fidei poſſeſſoris, *d.l.25.§.1.d.l. 48.l. 138.de reg.jur.*

Fructibus conſumptis] *§.2. inf. de off.jud.l.4. §.2.D.fin.reg.* Ex contrario igitur extantes omnes reſtituere tenetur: quod & traditum *l.22.C.de rei vind.*

Qui alienum fundum ſciens] Malæ fidei poſſeſſor cum ipſa re etiam fructus, licèt conſum-

pti

Digitized by Google

pti ſint, reſtituere cogitur, *d. l. 22.* tenetúrque de extantibus rei vindicatione, de conſumptis condictione, *l. 3. C. de cond. ex leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſit fructus, & quotuplex.*
2 *In perſona acquirentis quæ ſpectanda.*
3 *Quando fructus percepti intelligantur.*
4 *Præcipuam & adæquatam hujus acquiſitionis cauſam eſſe poſſeſſoris bonam fidem.*
5 *Denegari poſſeſſori fructuum acquiſitionem, ex quo cognovit rem alienam eſſe.*
6 *Nihil in propoſito intereſſe, titulo oneroſo poſſideat quis, an lucrativo.*
7 *Oſtenditur multis cum rationibus, tum exemplis, qualitatem fructuum nihil de hac acquiſitione mutare.*
8 *Pomponius cum aliis conciliatus.*
9 *Bonæ fidei poſſeſſorem fructus omnes conſumptos lucrari, non conſumptos reſtituere.*
10 *An bon. fid. poſſeſſor conſumptorum fructuum nomine teneatur, quatenus ex iis locupletior factus eſt.*
11 *Quid circa præſentem diſputationem in praxi obtineat.*
12 *Malæ fidei poſſeſſorem, nullos fructus aut percipiendo ſuos facere, aut conſumendo lucrari.*

MOdos acquirendi jure gentium commodioris doctrinæ gratia ita ſupra diſtinximus; quòd quædam eo jure nobis acquirantur facto noſtro & occupatione: quædam ſolius rei noſtræ beneficio ac poteſtate: in quibus tamen explicādis ordinem à Compoſitoribus ſervatum hic ſequi neceſſe fuit: & ferè jam hi modi etiam ſpeciatim à nobis expoſiti ſunt: omnes quidem omnino & ſinguli, quibus ſine facto noſtro ſola rei noſtræ vi acquirimus: quibus verò facto noſtro, paucis exceptis, ſcilicèt inventione theſauri, & apprehenſione rerum, quæ à dominis vel traduntur, vel pro derelicto habentur: de quibus adhuc poſtea dicendum. Ad neutrum autem horum modorum videtur referri poſſe acquiſitio fructuum ex re aliena bona fide poſſeſſa perceptorum. Neque enim fiunt bonæ fidei poſſeſſoris jure & poteſtate rei ſuæ, unde non naſcuntur; neque ſolo ipſius facto, puta cultura, cura, perceptione: nam eadem ratione fierent & malæ fidei poſſeſſoris, atque ab alio percepti, agrove ab alio conſito, bonæ fidei poſſeſſoris non fierent: licèt perceptio bonæ fidei poſſeſſori ſit cauſa ſine qua non. Denique nec ulla alia ratione videtur hæc forma acquiſitionis defendi poſſe: nam cùm inter cætera, quæ poteſtate rei noſtræ jure gentium acquirimus, vel maximè ſint fructus, qui ex ea naſcuntur: *l. qui ſcit. in pr. & §. 1. de uſur. l. 2. & l. 6. hoc tit. l. 11. C. de rei vend. §. item ea 19. ſup. eod.* ejuſdem quoque juris rationi convenire videtur, ut iidem fructus noſtri maneant, etiam cum à re, unde extiterunt, ſeparati ſunt. Nam ſi fructus pendentes pars ſunt fundi & ejus, qui fundi dominus eſt, *l. fructus pendentes 44. de rei vend.* neceſſe eſt etiam ſeparatos ejuſdem manere: id enim eſt quod dicitur, meum eſſe, quod ex re mea ſupereſt, *l. ſolum 49. §. 1. d. tit.* Et res ita habet. Cæterùm hæc acquiſitio iſtius regulæ quædam exceptio eſt; placuitque hic rem ipſam potiùs, quæ acquiritur, & perſonas acquirentium quàm modum formamve acquiſitionis communem ſpectari. Tres igitur cauſæ ſunt, quæ huic acquiſitioni locum faciunt: res, quæ acquiritur; perſona acquirentis: acquirendi ratio & modus. Res, quæ quæritur, ſunt fructus. Fructus, teſte Varone 4. *de ling.* à ferendo dictus eſt, ut ſit omne id, quod res ferat. Noſtri cum generalibus 1
loquuntur, appellatione fructus omnem reditum omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re naſcitur, vel per cauſam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum diviſio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei naſcuntur, ſed extrinſecus per occaſionem rei jure percipiuntur; cujus generis ſunt uſuræ, mercedes, penſiones, reditus annui; unde nec propriè fructus ſunt, *l. uſuræ 121. de verb. ſign. l. ſi navis 62. de rei vend.* ſed in fructu numerantur, quia vicem fructuum obtinent, *l. videamus 19. l. uſuræ 34. l. prædiorum 36. de uſur. leg. mercedes 29. de her. per.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *l. ancillarum 27. §. 1. & 3. ſeqq. d. tit. d. l. ſi navis de rei vend.* Cæterum de iſto genere hìc non quæritur. Naturales fructus ſunt, quos natura ex re ipſa producit: eorumque duplex item poteſt eſſe conſideratio; aut enim natura ſola & *αὐτομάτως*, ſponte magis, quàm diligentia hominis, proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum: aut natura quidem adjutrice, cæterum facto magis & induſtria hominum: quos quia natura non producit, niſi accedat labor & induſtria hominis, induſtriales vulgus interp. appellavit; cujuſmodi ſunt ſegetes, legumina, aliaque in agris ſata, *l. fructus 45. de uſur.* unde hæc diſtinctio petita. Huc item nonnulli referunt fœtus pecudum, lac, pilum, lanam, *arg. leg. l. 7. §. non ſolum 9. ſol. matr. Vveſemb. hic Don. 4. comment. 25. Menoch. de arb. cap. 120. num. 26.* & ſanè hæc abſque cura & ſumptu poſſeſſoris non proveniunt: ſed tamen non ideo minùs fructus naturales cenſeri oportere contendit *Pinell. in l. 2. C. de reſ. vend. p. 2. C. 4. num. 52. & D. Tulden. cap. 45. poſt Curtium 2. conject. ad frat. cap. 44.* Ego cum Bartolo in *l. 6. & ex diverſo 35. de rei vend. Covar. 1. reſol. 3. nu. 6.* exiſtimarem nonnihil hic tribuendum eſſe arbitrio judicis; quamvis id ad quæſtionem propoſitam parum faciat. Ut ut eſt, de utroque hoc genere, ſed ſolo diſputatur hoc §. In perſona acquirentis duo exiguntur, ut poſſideat, hoc eſt, animo & affectu dominantis rem teneat, *l. 13. §. 1. de publ. in rem act.* ut poſſideat 2
bona fide, id eſt, juſtam cauſam habeat, ob quam exiſtimet rem ad ſe pertinere, *l. qui à quolibet*

27. de

27. *de cont. empt. l. bonæ fidei* 109. *de verb. ſign.* Modus horum fructuum acquirendorum eſt perceptio: nec intereſt, an ipſe poſſeſſor eos percipiat, an alius ſuo nomine, non poſſeſſoris, *l. ſi fructuarius* 13. *quib. mod. uſuf. amitt. l. qui ſcit.* 25.
3 §. 1. *de uſur.* Percepti autem fructus intelliguntur, ſimul atque à re, qua tenebantur, ſeparati ſunt; in fundo, cum ſe terra continere deſierunt, veluti ſpica aut fœno cæſo, uva adempta, excuſſa olea, nucibus & pomis dejectis aut decerptis, licèt nondum collecti aut avecti ſint, frumentum non dum tritum, vinum aut oleum nondum factum, *d. l. ſi fructuarius*, & *d. l. qui ſcit* §. 1. *l. ſi ejus* 78. *de rei vend.* in animalibus, cum fœtus editus, lac expreſſum, lana detonſa eſt, *l. in pecudum* 28. *de uſur. l. bonæ* 48. *in fin. hoc tit.* Nonnumquam tamen verbo percipiendi aliquid ampliùs deſignatur, quàm ſimplex illa, quam dixi, fructuum à re ſeparatio; quomodò accipiendum quod Paulus ſcribit in *d. l. bonæ*, fructus bonæ fidei poſſeſſoris fieri etiam priùs quàm eos perceperit; nimirum priùs quam perceperit plenè & perfecte: priùs quam eos collegerit, avexerit, quàm ſpicam triverit, uvas, olivas expreſſerit, *d. leg. ſi ejus* 78. *de rei vend.* Tribuitur igitur hæc acquiſitio perceptioni. At quo jure, quave ratione? Naturali, ut ait Juſtinianus hic, nimirum propter culturam & curam poſſeſſoris percipientis. Sed enim neque ſola hæc acquiſitionis hujus ratio eſt, neque præcipua, ut patet ex iis, quæ jam diſputata ſunt: & ſi culturæ tantùm aut curæ ratio hic haberetur, hoc ſolùm poſſeſſori concedendum eſſet, ut impenſam & operam in colendo & curando præſtitam imputet, atque ad eum dumtaxat modum fructus deducere vel retinere poſſit, ſi aliter ei reſtitutio non fiat.
4 Principalis verò ratio in perſona poſſeſſoris quærenda, ea eſt bona fides, quippe quæ facit, ut poſſeſſor penè pro domino haberi debeat, *d. l. qui ſcit.* §. 1. *de uſur. d. l. bonæ fidei hoc tit.* & hinc non tantùm fructus, ſed & cætera ferè omnia, quæ dominis tribuuntur, eadem tribuuntur & bonæ fidei poſſeſſoribus: veluti amiſſa poſſeſſione actio in rem Publiciana, in his rebus quæ uſucapi poſſunt, §. *namque ſi cui* 4. *inf. de act. tot. tit. de Publ. in rem. act.* item quæ ſervi alieni & liberi homines bona fide poſſeſſi ex operis ſuis aut re poſſeſſoria acquirunt, §. *idem placet infr. per quas perſ. cuiq. acq.* In ſumma, bona fides, tantumdem præſtat poſſidenti, quantum rei veritas, quoties lex impedimento non eſt, ut ait Juriſconſ. in *leg. bona fides* 136. *de reg. jur.*

Quem dominum eſſe crediderit] In hoc potiſſimùm verſatur bona fides. Nihil autem intereſt, putaverit eum dominum eſſe, qui non erat; an ſciverit dominum non eſſe, & putaverit eum jus alienandi à domino aut lege habere, puta procuratorem aut tutorem eſſe, *l. bonæ fidei* 109. *de verb. ſign. l. ult. pro empt. l.* 13. §. 1. & *l. ſeq. de Publ. in rem. act. l. qui à quolibet* 27. *de cont. empt.* At enim ſi dominum eſſe exiſtimet, neceſſe eſt, ut ſimul credat eſſe eum, cui rerum ſuarum alienatio non ſit interdicta: nam ſi verbi cauſa à pupillo, quem dominum putet, rem emerit ſine tutoris auctoritate, non videtur bona fide emiſſe, *d. l.* 13. §. 2. *de Public. d. l. qui quolibet de contr. empt.* ſi tutorem putet, ut credat etiam ſe ab eo emere lege non prohibente, *d. leg.* 13. §. 2. *l. lex. quæ* 22. *C. de adm. tut.* ſi exiſtimet procuratorem, ut putet aut eſſe eum, cui nominatim de re tradenda mandatum ſit; aut eum, cui libera negotiorum omnium adminiſtratio à domino permiſſa, *l. jusjurandum* 27. *in fin. de jurejur. l.* 9. §. *nihil autem* 4. *hoc tit.*

Aliave juſta cauſa] Nam cùm numquam nuda traditio dominium transferat, non aliter exiſtimare poteſt rem in ſe transferri, quàm ſi juſta cauſa præcedat, propter quam traditio ſequatur, *l. numquam* 31. *hoc tit. d. l.* 13. §. 1. *de Public. in rem. act.* Juſtam autem cauſam appellat juſtum titulum, ex quo ſi res à domino, eove, qui jus transferendi habet, traderetur, dominium ſtatim in accipientem tranſiret, cujuſmodi cauſæ ſunt emptio, donatio, dos, permutatio, legatum, judicatum, noxæ deditio, tranſactio, adjudicatio, *l.* 1. & *ſeqq. de Publ. in rem act.* Nec ſufficit putare, titulum interveniſſe, ſi non intervenerit: nam ut falſa exiſtimatio noſtra uſucapionem non parit, ita nec ad fructuum acquiſitionem prodeſſe debet; niſi fortè huic noſtræ opinioni cauſam dederit juſta & probabilis facti ignorantia, *vid. inf. de uſuc.* §. *error.* 6.

Æque bona fide acceperit] Neque ſufficit, poſ-
ſeſſorem rem ab initio bona fide accepiſſe, ſi po- 5
ſtea cognoverit rem alienam eſſe: nam ex eo tempore, ut bonæ fidei poſſeſſor eſſe deſinit, ita quoque denegatur fructuum acquiſitio, *l. qui bona* 23. §. 1. *hoc tit.* licèt uſucapio ipſius rei adhuc procedat, *l. pen. pro empt. l. un. C. de uſuc. transf.* quippe in uſucapione tantùm una acquiſitio eſt, & ideò in ea ſufficit, vel initium poſſeſſionis juſtum eſſe: in fructibus autem acquirendis, ut multæ ſunt acquiſitiones, ita & in ſingulis bona fides ſpectanda, nec unum initium, ut in uſucapione, ſed ſingula momenta, *d. l. qui bona* §. 1. *l. bonæ fidei* 48. §. 1. *hoc tit.* Contrarium tamen videri poteſt, quod ſcribit Julian. *l. qui ſcit.* 25. §. 2. *de uſur.* bonæ fidei poſſeſſorem etiam eum in percipiendis fructibus intelligi, qui poſteà cognovit, rem alienam eſſe, quamdiu ea evicta non fuerit: niſi dicamus cum Gloſſa & Bart. Julianum nihil aliud ſignificare voluiſſe, quàm hujuſmodi poſſeſſorem manere interim in poſſeſſione percipiendi fructus, nec in ea perceptione ab eo, qui ſe dominum eſſe intendit, pendente lite, quamdiu de ſcientia nondum verè conſtat, turbari poſſe: at re evicta & legitimo judicio ablata, ſi de reſtitutione & effectu acquiſitionis quæratur, retroverſus malæ fidei poſſeſſorem intelligi, ex quo res ab eo petita eſt, atque exinde fructuum nomine teneri, ut quemvis malæ fidei poſſeſſorem: & ſanè hoc probabilius eſt, quàm quod Baroni in hunc §. Copo *lib.* 2. *de fruct. t.* 4. *c.* 5. D. Tuldeno

Digitized by Google

hic.c.48. videtur, Juriſconſ. inter ſe diſſenſiſſe: Ait, *acceperit*: etenim aliter nec poſſidet, nec putare poteſt, rem ſuam eſſe, licèt conventio præceſſerit: non enim nudis pactis, ſed traditionibus, dominia rerum jure gentium transferuntur, *l. traditionibus C.de pact.* Obiter addo, bonam fidem benigna juris interpretatione in poſſeſſore præſumi: atque inde eſſe, quòd non ipſe poſſeſſor de bona ſua fide docere cogatur, ſed adverſarius contrarium oſtendere debeat, *l. quoties §.1. de probat. l.pen. C. de evict. D. Vreſemb. n.4.*

Fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura]Cum in perſona poſſeſſoris concurrunt ea, quæ diximus, placet, ſola perceptione, adeòque ſola ſeparatione à re, qua tenebâtur, fructus poſ-
6 ſeſſoris fieri. Non intereſt, quo titulo poſſideat; oneroſo, an lucrativo: nam & eum, qui ex cauſa donationis rem accepit, disertè cum emptore in hac quæſtione exæquat Juſtinianus. Sed neque fructuum conditio quicquã de hac acquiſitione
7 mutare videtur, & non tantùm fructus induſtriales, ſed naturales etiam, ad hanc acquiſitionis ſpeciem pertinere. Nam generaliter atque indiſtinctè loquitur hic Imperator, & juriſconſulti in *l. bonæ fidei hoc tit. l. ſi ejus 78. de rei vend. l.13. quib. mod. uſ. am.* Gaii quoque ratio generalis eſt in *l. in pecudum 28. de uſur.* ideo nempe fœtum pecudum fieri bonæ fidei poſſeſſoris, quia in fructu eſt. Ait quidem Juſtinianus hic, fructus bonæ fidei poſſeſſoris fieri pro cultura & cura: at vix ulla res eſt, quæ ſine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur enim agri, curantur pecora, putantur arbores, plantæ; oleæ attonderi & interradi gaudẽt, *Plin.l.15.c.1.* Sed & ſi qui fructus ſine cultura aut cura proveniant, ut ſylvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus ſylveſtres, nihilò tamen minùs huc pertinent. Nam ut non multò ante diximus, præcipua & adæquata acquiſitionis fructuum ratio eſt bona fides poſſeſſoris, quæ efficit, ut tamquam dominus jure ſoli fructus percipiat: & conſequenter ergo etiam eos percipiendo ſuos facit, in quos neque culturam neque curam ipſe impendit: *l. qui ſcit §.1. de uſur.* tantùm quia ὡς τὸ πολὺ accidit, ut fructus ſine cultura aut cura non proveniat, ratio hæc à Juſtiniano expreſſa eſt. Evincitur hoc, quod dico, etiam ex eo, quod mox ſubiicit de fructibus conſumptis: ait enim, quos fructus poſſeſſor percipiendo ſuos fecit, de iis conſumptis dominum ſupervenientem, & rem ſuam vendicantem agere non poſſe, hoc eſt, poſſeſſorem eos conſumptos lucrari; at lucratur conſumptos omnes, *l.4.§.2. in fin. reg. l. certum 22. C. de rei vend. §.2. inf. de off. jud.* ergo & perceptos interim ſuos omnes facit. Exemplis quoque demonſtrari poteſt, non induſtriales tantùm, ſed etiam naturales fructus fieri bonę fidei poſſeſſoris, ſimul atque à ſolo aut re, qua tenebantur, ſeparati ſunt. Non afferam quod de fœtu pecudum, lacte, lana ſcribit Gajus in *d.l. in pecudum de uſur.* & Paulus, *in l. bonæ fidei 48. §. ult. hoc tit.* hos fructus ſtatim fieri bonæ fidei poſſeſſoris: quia video eſſe, qui fructus pecudum pro induſtrialibus in hoc argumento habendos exiſtimant, propterea quod, ut modò dicebamus, ex iis rebus producuntur, in quas poſſeſſori ſumptus facere neceſſe ſit: quamvis Gajus non aliam harum rerum acquiſitionis rationem reddat, quàm quod in fructu ſint. Fortaſſis & uvas iidem ob eamdem cauſam inter fructus induſtriales numerabunt, ideoque quod uvam ademptam legimus ſtatim bonæ fidei poſſeſſoris fieri, negabunt, huc pertinere. At certè oleam negare non poterunt eſſe vel maximè fructum naturalem; quippe quæ teſte Plinio, *lib.15. cap.1.* nullam omnino culturam aut curam deſideret, & Virgilius *lib.2. Georg.* de oleis ſic ſcribit;

Contra, non ulla eſt oleis cultura, neque illæ
Procurvam expectant falcem, raſtroſque tenaces,
Cum ſemel hæſerunt arvis.

Duobus autem locis manifeſtè proditum eſt, etiam oleam, mox cum percepta ſive excuſſa aut lecta eſt, bonę fidei poſſeſſori acquiri, *l. ſi fructuarius 13. quib. mod. uſuf. am. l. ſi ejus 78. de rei vind.* Fœnum quoque opinor nemo negabit fructum eſſe naturalem: at non minùs fœnum, quàm ſpicam, ſimul atque à ſolo ſeparatum eſt bonę fidei poſſeſſoris fieri, traditum eſt *in d.l.13. quib. mod. uſ. am.* Poſtremò omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d.l. bonæ fidei hoc tit. in pr.* ubi ſic ſcribit: *Bonæ fidei emptor non dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re ſuos interim facit, non tantùm eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, ſed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt.* Nam Gloſſæ ad hunc locum interpretatio & DD. qui eam ſequitur, inter quos ex recentioribus etiam eſt D. Bachovius, inconcinna & violenta eſt. Hi illa Pauli verba (*ſed omnes,*) ad fructus induſtriales coarctant, qui alterius quàm bonæ fidei poſſeſſoris, opera proveniunt. Sed quis non videt, verbum (*omnes*) Paullo non ad operantes, ſed ad fructus ipſos referri, eoque denotari fructus diverſæ ſpeciei & qualitatis ab iis, quos dixerat opera poſſeſſoris provenire. Evincit hoc ipſum etiam ratio, quã mox ſubjicit, quia quod ad fructus attinet, bonæ fidei poſſeſſor loco domini pene ſit: cujuſmodi item eſt, quod Julian. ſcribit, bonæ fidei poſſeſſorem fructus jure ſoli percipere, atque eo jure, quod dominis prædiorum, ei ve qui agrum vectigalem habet, tributum eſt, *d.l. qui ſcit. §.1. de uſur.* unde ſatis manifeſtè apparet, præcipuam hujus acquiſitionis cauſam non eſſe operam aut induſtriam poſſeſſoris: ſed fructus omnes, qui ex ſolo naſcuntur, etiam ἄσπαρτα & ἀνήροτα eò pertinere. Et verò ſi percipiẽdo ſibi acquirit etiam ab alio ſatos, in quos neque culturam, neque curam ullam impendit, cur nõ etiam naturales, quos plerumque cura illius facit, ſi non ut naſcantur, ſaltem ut cõſerventur? Unus juris locus eſt, qui in- 8
terpp. adegit, ut in hac acquiſitione fructus naturales ab induſtrialibus diſtinguerent: is eſt Pomponii, *l. fructus 45. de uſur.* Quærit eo loco de con-

conjuge poſſeſſore rei à conjuge donatæ: & ait, conjugem fructus ex ea re perceptos illos tantùm ſuos facere, qui ex operis ejus provenerunt: cæterum ſi pomum decerpſerit, vel ſylvam ceciderit, ejus enim fructum non fieri, ſicuti nec cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris: quia non ex facto ejus is fructus naſcatur. Hic Juriſconſultum ſatis apertè ſic loqui arbitrantur, ut fructus naturales ad bonæ fidei poſſeſſorem non pertinere exiſtimet: quod tamen non ita eſt. Non enim ait, nullius bonæ fidei poſſeſſoris eum fructum fieri, ſed non cujuslibet: quæ enunciatio non eſt generalis, ſed particularis, ut oſtendit nota particularis attributionis, quæ hic eſt negatio univerſalis. Igitur in hac enunriatione; *Non omnis aut non quilibet bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales ſuos facit*, num conſequens non omni antecedenti attribuatur, ſed ſolummodò ejus parti alicui, ſatis apparet, Pomponium non eodem jure in propoſito omnes fidei poſſeſſores cenſere; & tacitè duo genera talium poſſeſſorum facere; unum eorum, qui fructus naturales ſuos non faciant, alterum, qui faciant. Atque ita eſt. Non enim omnis bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales percipiendos ſuos facit; ſed is ſolùm, ut ante dictum eſt, qui juſto titulo poſſidet, cauſamque juſtam habet, cur exiſtimet rem ad ſe pertinere: qui autem juſto titulo deſtituitur, quamvis in jure errans ſe dominum factum putet, naturales fructus ſuos non facit, ne cui juris ignorantia in compendiis proſit, *l.4. l.7. & 8. de jur. & fact. ign.* licèt alioqui non malæ, ſed bonæ fidei poſſeſſor exiſtimari debeat, qui cumque dolo caret, etſi in jure errat, *arg. leg. ubi lex 24. l. ſi fur. 32. §. 1. de uſuc. l. ſed etſi 25. §. ſcire de her. pet. add. Gadd. ad l. bonæ fidei 109. de verb. ſign.* nec ſequitur; injuſtè ſeu titulo invalido poſſidet, ergo mala fide. Poſſeſſor prædii minoris ſine decreto alienati poſſidet injuſtè, bona tamen fide poſſidet, ſi ignorans rem minoris eſſe, aut in jure errans rem emit, fructuſque induſtriales propter bonam fidem ſuos facit, *l.2. C. ſi quis ign. rem min.* Talis etiam eſt poſſeſſor fundi dotalis à marito alienati, item rei litigioſæ, & qui à falſo tutore emit, *l. 13. §. ult. de publ. in rem act.* Nam ubi lex impedimento eſt, bona fides in compendiis poſſeſſori non prodeſt, *leg. 1. §. de verb. ſign.* Toties autem impedimento eſt, quoties poſſeſſorem vult teneri, in quantum locupletior factus eſt, ut poſſeſſorem hæreditatis, *l.25. §. conſuluit. 11. de her. pet.* item in caſu *l. 8. C. de don. int. vir. & ux.* & denique qui ex ea cauſa poſſidet, quæ poſtea ad non redacta eſt, *l.3. de cond. indeb.* Atque de hoc genere bonæ fidei poſſeſſorum locus Pomponii accipiendus eſt: quippe qui & ſoli ſimiles ſunt iis, de quibus illic quæritur, & in lucris cæterorum bonæ fidei poſſeſſorum jure non cenſentur: ita fermè & *Vveſemb. hic Pinel. ad l.2. C. de reſc. vend. part. 2. cap. 4. num. 59. Fachin 1. contr. 57. Paul. Buſ. ad d. l. 45. Timæus Fab. diſp. anniverſ. 14. theſ. 5. Tulden. c. 50. hic.*

De fructibus ab eo conſumptis agere non poteſt.] Hoc idem traditur, *§. 2. inf. de off. jud.* & Paulus in *l.4. §. 2. fin. reg.* ait, bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumptos lucrari. Unde ſequitur ex contrario, de non conſumptis, hoc eſt, extantibus adhuc, licèt à ſolo ſeparatis, dominum agere poſſe, eoſque bonæ fidei poſſeſſorem non lucrari: quod & expreſsè traditum eſt, *l. certum 22. C. de rei vend.* quam ob cauſam Africanus conſumptos demum ſuos facere bonæ fidei poſſeſſorem ſcribit, *l. quæſitum 40. hoc tit. & Paul. 4. §. lana 19.* conſumptos vel uſucaptos: quia hi ſoli re evicta non reſtituuntur. Dubitandum autem non eſt, quin ut omnes, tam naturales quàm induſtriales, conſumptos bonæ fidei poſſeſſor lucratur, ita vice verſa omnes, tam induſtriales quàm naturales non conſumptos teneatur reſtituere, *arg. hujus §. & dd. loc.* nam quòd maritus non reſtituit fructus induſtriales, licèt ad huc extent, in ſpecie, *l. fructus 45. de uſur.* in hanc rationē habet, quod maritus eos permittente jure ſibi acquiſivit ex voluntate uxoris donatricis. Ergo, inquies, falſum eſt, quod hactenus probare conati ſumus, ſola perceptione fieri fructus bonæ fidei poſſeſſoris. Et verò falſum eſſet, ſi hæc eidem rei attribuerentur ὡσαύτως, & eadem ratione. Sed ſciendum eſt, duplicem eſſe dominii acquiſitionem; unam perpetuam & citra voluntatem aut factū domini irrevocabilem; alteram temporalem; & revocabilem ex cauſa ſuperveniente, quæ dominii cauſam tollat; quale jus eſt mariti in re dotali, quod ſoluto matrimonio ab eo recedit; & hæredis fiduciarii, quod cedente die fideicommiſſi in fideicommiſſarium tranſit: item hæredis in re ſua conditione legata, *l. non ideo 66. de rei vend. l. generaliter 29. §. 1. qui & à quib. man.* & tale quoque in propoſito jus eſt bonæ fidei poſſeſſoris in perceptis needū conſumptis fructibus uſque ad evictionem. Nimirùm cauſa hujus acquiſitionis præcipua eſt bona fides: quippe quæ efficit, ut poſſeſſor proindè quaſi dominus jure ſoli fructus ſuos faciat; quamdiu de vero domino non conſtat: at eo ſuperveniente ac rem ſuam vendicante, jam cauſa illa, & ſimul jus, quod dixi, ceſſare incipit, cogiturque poſſeſſor fructus omnes, qui modò tempore evictionis extant, officio judicis reſtituere: neque enim ſublato jure, quod in ſolo habebat, poſſeſſorem defendere poteſt, ut fructus retineat, ſola ratio culturæ & curæ: ſed ad id ſolùm prodeſſe, ut oppoſita doli mali exceptione ſumptus ſervet, cōſequaturque, ut dominus aut pretium ejus, quod impenſum eſt, ſolvat, aut ſi id nolit, patiatur ſumptus cum fructibus pro rata penſari, proque illis partem fructuum poſſeſſorem retinere, *arg. d. l. ſi à domino 36. §. ult. de her. pet.* Ipſe Paulus non obſcurè hoc innuit *d. l. bonæ fidei hoc tit.* illis verbis; *ſuos interim facit*; ne quis credat, ſola perceptione fructus ſic fieri poſſeſſoris, ut numquam poſtea ſint reſtituendi. Neque verò exiſtimādum eſt, fruſtra conſtitutum eſſe, ut interim bonæ fidei poſſeſſor fructus ſola perceptione ſuos faciat: nam & ra-

tio bonæ fidei exigit: nec ſine effectu eſt;
prodeſt enim bonæ fidei poſſeſſori ad hoc, ut ſi
fructus ab alio percepti ſint & poſſideantur, eos
tanquam ſuos vendicare poſſit, tribuitque ei jus
fructibus pro arbitrio ſuo utendi, eos pro utili-
tate aut neceſſitate familiæ diſtrahendi aut cõſu-
mendi; cujus rei hic iterum effectus, ut domi-
no rem ſuam evincenti conſumptorum nomine
non teneatur, quorum alioqui æſtimationem re-
ſtituere deberet. Nonnihil tamen hac in re nobis
negotii facit, quod Gajus reſpondet *l. in pecudum*
28. de uſur. ea quæ in fructu ſunt, ſtatim pleno
jure fieri bonæ fidei poſſeſſoris & fructuarii: nam
quod ſtatim pleno jure acquiritur, id non poteſt
dici cõſumptione demum irrevocabiliter acqui-
ri. Ad hoc igitur quid reſpondemus? nimirum
eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit, bonę fi-
dei poſſeſſorem fructuum, ſimul ac percepti ſunt,
ſtatim dominum fieri pleno jurę aut in ſolidum,
non continuò negare jus illud ex cauſa eſſe revo-
cabile: neque de eo laborare debuit Gajus in cõ-
paratione fœtuum pecudum cum partu ancillæ,
qui in fructu non eſt, ideo uſucapione demum
acquiritur. Sic idem Gajus *l. generaliter 29. §. 1.*
qui & à quib. man. ſcribit, ſervum ſub conditione
legatum, pendente conditione pleno jure hære-
dis eſſe: quem tamen conſtat deficiente demum
conditione fieri hæredis irrevocabiliter. Illud nõ
magni momenti eſt, quòd bonæ fidei poſſeſſor
dicitur idem jus habere, quod dominis prædiorũ
tributum eſt, & plus etiam juris, quàm habet fru-
ctuarius, *l. qui ſcit. §. 1. de uſur.* nam ſi hoc ſimpli-
citer verum eſſet, ne naturales quidem fructus
extantes reſtitueret: & loquitur expreſsè juriſ-
10 conſultus de jure fructus ab initio acquirẽdi. De
conſumptis porro quæſitum eſt, an non ſaltem
bonæ fidei poſſeſſor ad reſtitutionẽ eorum tenea-
tur, quatenus ex iis factus eſt locupletior. Et ve-
rius eſt eum non teneri. Nam primo textus om-
nes, qui de conſumptis fructibus loquuntur ge-
neraliter & ſine ulla diſtinctione negant, eorum
nomine bonæ fidei poſſeſſorem teneri; & Impp.
in *l. certum 22. C. de rei vend.* ajunt eum teneri no-
mine extantium dumtaxat, quaſi de conſumptis
inquirendum non ſit. Adhæc tantum tribuit bon.
fid. poſſeſſori conſumptio, quantum uſucapio, *l. 4.*
§. lana 19. de uſuc. ac uſucaptorũ nihil reſtituitur:
Et poſtremò, quod benè notandum eſt, dicitur
bonæ fidei poſſeſſor fructus conſumptos lucrari,
l. 4. §. 1. fin. reg. quod utique falſum eſſet, ſi eos,
quatenus locupletatus eſſet, teneretur reſtitue-
re: nemo enim ſine lucro locupletatur. Non ob-
ſtat, (quòd in judicio petitionis hæreditatis bo-
næ fidei poſſeſſor teneatur in quantum locuple-
tior factus eſt, *l. ſed & ſi 25. §. conſuluit 11. l. illud.*
40. §. 1. de her. pet. l. 1. C. eod. Non enim eadem
in propoſito judicii univerſalis & rerum ſingula-
rum petitionis ratio eſt. Nam petitio hæreditatis
non tantùm in rem eſt, ſed etiam præſtationes
perſonales habet, *l. 7. C. de pet. her. l. 25. §. 18. eod.*
atque ut mitiùs cum poſſeſſore agitur in petitio-
ne hæreditatis, quàm in rei ſingularis vendicatio-
ne, (quippe Senatus ita poſſeſſori pro hærede
conſuluit, ut ſi quid dilapidaverit aut perdiderit,
dum ſua ſe re abuti putat, non teneatur] ita viciſ-
ſim æquum eſt, ut præſtet, ſi quid lucri ex hæredi-
tate conſecutus ſit: eique ſufficere debet, ſi dam-
no non afficiatur, *d. l. 25. §. conſuluit.* Adhæc nec
titulum habet poſſeſſor hæreditatis, & fructus ab
eo percepti ſtatim in numerum rerum hæredita-
riarum recipiuntur, ipſamque augent hæredita-
tem, ut nec ab initio quicquam hic ſuum faciat,
aut conſumptum poſtea lucretur: unde fit, ut eo-
dem jure, quo ipſa corpora hæreditaria & fru-
ctus, petantur, atque in reſtitutionem hæreditatis
veniant, *l. item veniunt 20. §. 3. l. poſt ſenatuſconſult.*
28. l. illud 40. §. 1. de hær. pet. l. 1. & l. 2. C. eod. In
particularibus autem judiciis non ſolet res in lo-
cum pretii aut contra ſuccedere, *l. 7. in fin. què pot.*
in pign. Nec multum abſimilis eſt ratio condi-
ctionis indebiti ſoluti, in quam fructus veniunt
jure obligationis; & hoc quatenus is, qui accepit,
ex his locupletior factus eſt, *l. indebiti 15. l. ſi non*
ſortem 26. l. libertus 12. l. in ſumma 65. §. pen. l. pen.
de cond. ind. ita ferè & *Ant. Fab. 4. conj. 17. Diod.*
Tulden. hic. 44. & ſeqq. Perez. ad tit. C. de rei vend.
n. 17. & ſeq. Quod ad praxim attinet, teſtis eſt Pi- 11
nel. in *l. 2. C. de reſc. vend. p. 2. c. 4. n. 60.* ita nunc
ubique in judiciis uſu ſervari, ut poſſeſſor bonæ
fidei in univerſum à fructibus ante inchoatum
judicium perceptis abſolvatur, neque de con-
ſumptis unquam quæratur, locupletior ex iis
factus ſit, necne. Sed & nunquam inquiri de iis,
qui ſimiliter ante rem in judicium deductam
percepti ſunt, utrùm bonæ fidei poſſeſſor eos
conſumpſerit, an verò adhuc extent, tantùmque
ſervari formam *l. certum 22. C. de rei vend.* in fru-
ctibus perceptis poſt litis conteſtationem: quod
& rationem habet, ſcilicet ut litium ambages
vitentur; & placet D. Nic. Tuldeno in *annot.*
ad prax. rer. civ. Damhoud. c. 104. num. 13. Idem
quoque ſentire videtur D. Grot. 2. *manuduct. 6.*
cum ſcribit bonæ fidei poſſeſſorem in perce-
ptione fructuum ſimilem eſſe fructuario; *add.*
Groenem. de ll. abrog. ad leg. 22. Cod. de rei
vend.

Ei verò qui alienum fundum ſciens] Fructuum
jure ſoli acquiſitio non tribuitur cuivis poſſeſſori; 12
ſed poſſeſſori bonæ fidei dumtaxat: nam malæ
fidei poſſeſſor, ut nullum in ſolo habet, ita
nec ullos fructus aut percipiendo interim ſuos
facit, aut conſumendo lucratur; ſed cogitur eum
ipſa re etiam fructus, licèt conſumpti ſint, reſti-
tuere, ut *hic & d. l. 22. C. de rei vend.* Sed neque
per retentionem, oppoſita doli mali exceptio-
ne, ſumptus à ſe factos ſervare poterit, ſi res
vendicabitur, arg. eorum, quæ tradimus *ſup.*
ad §. ex diverſo 30. & aliquot ſeqq. eod. exceptis
ſumptibus facti fructuum quærendorum gratia,
l. 36. in fin. & l. ſeq. de her. petit. Nec illud refert,
ab initio quis mala fide poſſederit, ac poſtea poſ-
ſidere cœperit: nam & hic ex eo tempore, quo
cognovit rem alienam eſſe, fructus ſuos facere
deſinit, *l. quæ bona 23. §. 1. l. bonæ fidei 48. §. 1 ha-*

hab.

Digitized by Google

tit. Poſtremò huc pertinent poſſeſſores omnes poſt litem conteſtatam, §. 2. *inſ. de off. jud. d. l. certum fin. reg.* quoniam poſt motam controverſiam poſſeſſores omnes in cauſa fructuum pares ſunt, & quaſi prædones tenentur, *l. ſed & ſi 25. ſi ante 7. de her pet. l. neme 10. C. de long. temp. præſc.* ac proindè & ſi fructus à bonæ fidei poſſeſſore antè judicium percepti ſunt, ſed poſt litem demum conteſtatam conſumpti, nihilominùs eo nomine condemnabitur; quia id omne reſtituendum eſt, quod habiturus eſſet petitor, ſi tempore judicii accepti reſtitutio facta fuiſſet, *l. præterea 20. de rei vend. l. 2. de uſur. l. ædiles 25. §. antepen. de ædil. edict.* In ſumma poſſeſſores malæ fidei, quales item habentur poſt litem inchoatam omnes, fructus omnes cum ipſa re reſtituere debent, *d. l. certum C. de rei vend.* tenenturque eo nomine de extantibus rei vendicatione, de conſumptis condictione, ſcilicet ad æſtimationem, quæ vice rei fungitur, *l. 3. C. de cond. ex leg. l. 4. §. 1. fin. reg. l. 4. C. de crim. expil. her.* Tenentur verò non tantùm de perceptis, verùm de iis quoque, qui non percepti honeſtè percipi potuerunt: in quo perſona non poſſeſſoris, ſed petitoris ſpectatur; neque hic poſſeſſori patrocinari debet, quod titulo poſſideat: quippe titulus à dolo non excuſat: negligentia autem poſſeſſoris doloſi domino nocere non debet, quominùs conſequatur, quod conſequi potuiſſet, ſi ipſi licuiſſet rem poſſidere, *vid. l. fructus 33. l. ſi navis 62. §. 1. de rei vind. l. 5. C. eod. §. 2. inf. de off. jud. l. ait prætor, §. & fructus 20. quæ in fraud. cred. l. 4. C. unde vi, l. ſed et ſi 25. §. 4. de her. pet. l. 1. C. eod. Cop. lib. 2. de fructib. tit. 4. c. 2. Buſ. ad l. 20. de her. pet. Tulden. hic c. 53.*

Textus.

A fructuario & colono perceptis.

36. *Is verò, ad quem uſusfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quàm ſi ipſe eos perceperit. Et ideò licèt maturis fructibus, nondum tamen perceptis deceſſerit, ad heredes ejus non pertinent, ſed domino proprietatis acquiruntur. Eadem ferè & de colono dicuntur.*

Notæ.

36. *Si ipſe perceperit*] Vel alius ejus nomine, *l. 13. quib. mod. uſ. am. l. 25. §. 1. de uſur.* Quòd ſi ſpontè deciderint, aut alius eos ſuo nomine ſeparaverit, non ante ejus fiunt, quàm poſſeſſionem eorum nactus ſit, 12. *§. ult. de uſufr.*

Ad hæredes ejus non pertinent] Hoc conſequens eſt ſuperiori, & apertè traditum in *l. 13. quib. mod. uſ. am. l. 8. de ann. legat.* erratq; Cujac. hæredi fructus tribuens pro rata temporis, quo uſufructus ſtetit.

Eadem ferè de colono] *Ferè* non παρέλκοντως, ut putat Th. nam hæres coloni in condictionem ſuccedit, *§. ult. inf. de locat. l. 10. C. eod.* At in eo conveniunt, quòd colonus quoque non aliter fructus ſuos faciat, quàm ſi ipſe eos perceperit, *l. 60. §. 5. D. de locat. l. 61. §. 8. D. de furt.* Non obſtat, quòd furti actionem habet, *l. 26. §. 1. d. t.* nam & fructuarius habet, *l. 12. §. ult. de uſufr.* & omnes, quorum intereſt furtum factum non eſſe, licèt domini non ſint, *§. 13. inf. de ob. quæ ex del.* Igitur malè Accurſ. Mynſ. Pac. plus hic colono tribuunt, quàm fructuario.

Vinnius in Inſtitut.

Commentarius.

1 *Fructus, qui ſpontè deciderunt, aut quos alius nomine à re ſeparavit, fructuarii demum fieri, cum poſſeſſionem eorum nactus eſt.*

2 *Ius percipiendi fructus ad hæredem fructuarii non tranſire, licèt majore parte anni uſusfructus ſteterit, & fructuarius maturis jam fructibus deceſſerit: & cur non idem in fructibus rei dotalis.*

3 *Quid juris circa penſiones, ſi res fructuaria locata ſit.*

4 *In quo colonus & fructuarius diſcrepent aut conveniant.*

Diſputatio de fructibus à bonæ fidei poſſeſſore perceptis occaſionem Juſtiniano dedit, ut de jure, quod hic fructuarius & colonus habent, obiter aliquid ſubiiceret. Hi in eo à bonæ fidei poſſeſſore differunt, quòd fructus percipiunt ex voluntate domini, fructuarius jure ſervitutis ſibi conſtitutæ, colonus ex conventione: unde nec perceptorum fructuum quicquam reſtituunt. Quia autem jus in ſolo non habent, nec poſſident, ſed alieno tantùm nomine rem tenent, *§. de iis autem verſ. fructuarius per quas perſ. cuique ac. §. poſſidere 5. inf. de interd. l. 10. l. 10. l. 12. de acq. poſſ.* non ut bonæ fidei poſſeſſores, fructus acquirunt jure quaſi dominii aut ſoli, ſed ſuo ipſorum dumtaxat facto & perceptione: quamquam hæc diſtinctio noſtrorum motum ſimplicitati non convenit, ut notat D. *Cyprian. Reg. conſ. Belg.*

Quàm ſi ipſe eos perceperit.] Fiunt quidem fructuarii etiam ſola perceptione, hoc eſt, ſtatim atque à ſolo, aut re, qua tenebantur, ſeparati ſunt, puta ſpica aut fœno cæſo, ova adempta, excuſſa olea, lana detonſa, lacte mulſo. Cæterùm non aliter, quàm ſi ipſe eos, vel alius ejus nomine ſeparavit, *l. ſi fructuarius 13. quib. mod. uſ. am. l. qui ſcit, 21. §. 1. de uſur.* Quod ſi ſpontè deciderint, aut alius eos ſuo nomine ſeparavit, non priùs fructuarii fiunt, quàm eorum poſſeſſioné nactus
ſit: unde ſi fur maturos fructus decerpſerit, aut 1
deſecuerit, domino fundi condictione tenetur, non fructuario, licèt is actionem furti habeat, *l. arborib. 12. §. ult. de uſufr.* quæ aliter ſe habent in bonæ fidei poſſeſſore, ut docuimus, *§. præc.* Planè in fœtu animalium eadem fructuarii & bonæ fidei poſſeſſoris hic ratio eſt, ſtatimque ut editus eſt, fructuarii ſit, *l. in pecudum 28. de uſur.* quippe

fruſtra expectes, ut ſeparetur, quod in vita natura ſeparari non poteſt jubente ea ſatis ſeparatur ſine cujuſquam facto.

Licèt maturis fructibus, &c.] Hoc item conſequens eſt ei, quod dixit. Nam ſi fructuarii non aliter fructus fiunt, quàm ſi eos perceperit ipſe vel alius ejus nomine, hæredi ſuo, quos non percepit, relinquere non poteſt: nec jus percipiendi fructus ad hæredẽ tranſit: quia morte fructuarii, ut omnia, quæ perſonæ cohærent, extinguitur, §. *pen. inſ. uſufr. l.3. §. ult. quib. mod. uſuf. am. l.8. §. de lib. leg.* quod iterum contra eſt in bonæ fidei poſſeſſore, qui jus, quod in ſolo habet, ad hæredem tranſmittit, *d. l. qui ſcit. §.1. de uſur.* At ex contrario percepti omnes etiã immaturi pleno jure fructuarii fiunt, & ad hæredem ejus tranſeunt, *l. ſi abſente 48. §.1. de uſufr. l. pen. de uſufr. leg.* Ait, *maturis fructibus, nondum tamen perceptis.* Eadem ſententia eſt *d. l. ſi fructuarius quib. mod. uſ. am. l.8. de ann. leg.* Quamvis igitur ma- 2 xima parte anni uſusfructus ſteterit, & fructuarius ſuis impenſis fundum fructuarium conſeverit, ſi is meſſe nondum facta, licèt ſegete meſſi jam matura, deceſſerit, nihil in eo, quod terra tenetur, hæres ejus juris habet, *d. l. ſi fructuarius*: ſed tantùm deducet impenſas fructuum quærendorum gratia factas; quia fructus non intelligitur, niſi quod deductis impenſis ſuper eſt, *l.7. ſolut. matr. Pech. lib.5. de teſtam. conjug. c.24. n. ult.* Nec iniquum videri debet, quòd dominus fundi ad lucrum, fructuarii labore & ſumptu partum, vocetur: quippe cum contra fructuario, quamvis minima parte primi aut poſtremi anni ſteterit uſusfructus, in ſolidum tribuantur fructus percepti, etiam pro ea parte, qua uſusfructus non cœperat, aut poſtea finitus eſt, *l. ſi pendentes, 27. de uſufr.* nec aliud uſus horum temporum ſervat, contra quam cenſet D. Cyprian. *ubi ſupra.* Non obſtat exemplum mariti in fructibus rei dotalis quos placet ſoluto matrimonio dividi inter maritum aut ejus heredes & uxorem pro rata temporis, quo matrimonium ſtetit, ſive fructus à marito ſint percepti, ſive non ſint, *l.7. §.1. & ſeq. ſol. matr. l. un. §. cumque 9. C. de rei ux. act.* Etenim fructus dotis non ideò marito cedunt, quia eos percepit, ſed propter onera matrimonii, quæ ſuſtinere cogitur, *l.2. in pr. de jur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod.* Et igitur licèt non perceperit, pro modo tamen temporis, quo matrimonium ſtetit, fructus dotis maritum ſequi debent: quoniam tamdiu ſuſtinuit onera matrimonii. Contra verò pro reliquo tempore, cujus onera non ſuſtinuit, 3 nihil ferre debet, licèt fructus perceperit. D. Paul Buſ. *ad d. l.7. §.1. & ſeq. ſol. matrim.* De penſione rei fructuariæ locata quæſitum, an ſi fortè uſusfructus aliquarantùm parte anni ſteterit, eam nihilominus integrã fructuarius hæreſve ejus percipere debeat, an pro rata temporis dividi cum proprietario. Et refert, utrùm res fructuario locata talis ſit, unde ſingulis annis ſemel fructus naſcitur & percipitur, puta fũdus: an talis, cujus fructus non in alio conſiſtit, quàm in ejus rei uſu, ſive commoditate, quæ ex eo uſu quotidie percipitur; cujuſmodi res ſunt ædes, quarum fructus in eo, ut in habitentur: item ſervi, quorum fructus in operis. Fundo locato, ſi colonus fructus perceperit, merces totius anni debetur fructuario ejuſve hæredi, etiamſi uſusfructus finitus ſit multo ante tempore, quàm ea merces ex locatione pendi debebat, *l. defuncta, 58. de uſufr.* In aliis verò rebus à fructuario locatis, quarum fructus in ſolo earũ uſu conſiſtit, ſi in intra tempora locationis uſusfructus interierit, non majore ex parte penſio ad fructuarium hæredemve ejus pertinet, quàm pro rata temporis, quo uſusfructus mãſit; quod ſupereſt, pertinet ad proprietarium, ut reſponſum eſt locatis operis ſervi, *l. ſi operas 26. de tit.* Cur tam variè? Nimirum quia fructuarius, nec minus, nec plus per conductorem conſequi debet, quàm ſi ipſe re fructuaria uſus eſſet. Igitur ſicut fructuarius ſi fundum non locaſſet, ipſe fructus percepiſſet, ſuoſque omnes feciſſet, ita pro fructibus, quos colonus, qui cauſam percipiendi ab eo habet, integros percepit, integra penſio ei debetur, quam & integram ad hæredem tranſmittit, etſi nondum finito tempore locationis deceſſerit. Et convenienter ſi fructuarius deceſſerit, fructibus per colonum nondum perceptis, hæredi ejus nihil ex penſione debebitur. Quòd ſi deceſſerit parte fructuum percepta, parte nondum collecta; ſolutio penſionis fieri debet hæredibus fructuarii pro rata perceptorum; proprietario pro rata eorum, qui percepti non erant. Ubi verò penſio pro quotidiano rei uſu debetur, non poteſt deberi lõgius, quàm is uſus præceſſerit, nec longius is uſus præceſſiſſe dici, quã ſteterit uſusfructus: & alioqui plus conſequeretur fructuarius per inquilinum, quàm ſi ipſe re uſus eſſet: quod eſt abſurdum, eleganter D. Don. 10. comm. 9. eſt quæ hęc communis & uſu recepta ſententia, *vid. Ioan. del Caſtillo tr. de uſuf. 77. & ſeqq. Diod. Tuld. ad tit. de uſuf. inſ. c.7. Paul. Buſ. ad d. l.58. de uſuf. Chriſtin. vol.2. deciſ. 176. nu. 16 & ibi citat. Grot. lib.2. introd. c.39. diſſ. Cujac 7. Feud. 30. & lib.24. obſ. 21.*

Eadem ferè & de colono dicuntur] Duo de fructuario dicta ſunt, eum non aliter dominum fructuum fieri, quam ſi ipſe eos perceperit, non alius: item mortuo fructuario fructus pendentes; quantumvis maturos, non ad hæredem fructuarii pertinere, ſed acquiri domino proprietatis. Nunc ait, quæ de fructuario dicta ſunt, ea ferè & de colono dicenda eſſe. *Tò ferè* non παρέλκεται, ut putat Theophilus, ſed cautè adjectum eſt, ne quis putet eãdem utriuſque per omnia in propoſito rationem eſſe. Nam certè longè alia cauſa eſt hæredis coloni atque fructuarii: Non enim ſicut morte fructuarii finitur uſusfructus, ita morte coloni finitur con- 4 ductio, ſed mortuo intra tempora conductionis colono, hæres ejus in eam ſuccedit, *§. ult. inſ. de locat. l.10. C. eod.* Et cum fundus conducatur mercede annua conſtituta pro modo fructuum, qui ſingulis in eo annis naſci ſolent, in-

ſignis

Digitized by Google

ſguis injuria colono ejuſve hæredi fieret, ſi locator penſionem ſimul & fructus perciperet: atque lunc etiam eſt, quòd in prædiis ruſticis, ſi rempore non expreſſo locatio facta ſit, in annum facta intelligatur, per *l.* 13. §. *ult. locat.* Si quid igitur hic eſt, quod tam de colono, quàm de fructuario diei poſſit, illud ſit neceſſe eſt, quod colonus ſimiliter ut fructuarius, non aliter fructus ſuos faciat, quàm ſi ipſe eos perceperit: ſin autem alius eos ſuo nomine à terra ſeparaverit, nō colono, ſed domino fundi acquiruntur, cui etiam ob id ſoli condictio competat: quod & verum eſt, apertèque traditum *l. cum plures* 60. §. *meſſem*, 5. *locat.* nec obſcurè colligitur ex *l. ſi ſervus* 61. §. *locavi* 8. *de furt.* Non eſt contrarium quod Paulus reſpondet, *l. ſi apes* 16. §. 1. *d. tit. de furt.* colonum cum eo, qui fructus ſtantes ſurripuit, furti agere poſſe. Nam & fructuarius poteſt, *l.* 11. §. *ult. de uſufr.* quippe furti actio omnibus competit, quorum intereſt furtum factum non eſſe, licèt rei ſurreptæ domini non ſint, §. *furti* 13. *infr. de obl. quæ ex del. l. cum qui* 14. §. *quales* 14. *de furt.* Nec aliò pertinet ratio Pauli, quam his verbis exprimit, *quia ut primum decerptus eſſet, ejus eſſe cœpiſſet*, quàm, ut oſtendat, ideo actionem furti colono dari, quia ejus interſit fructum ab alio decerptum non eſſe, eò quòd coloni eſſe cœpiſſet, ut primum ab ipſo eſſet decerptus. Fallitur igitur Accurſius, qui etiam hoc caſu plus juris tribuit colono, quàm fructuario, colonique fructus fieri exſtimat, quocumque modo à ſolo ſeparati ſint, traxitque in eumdem errorem Mynſ. Schneid. & Pacium in *not. marg.* ſed hic ſe corrigit in Analyſi. Aliud ſanè ex parte dicendum videtur de colono partiario, qui inſtar ſocii eſt, *l. ſi merces*, 25. §. *vis major.* 6. *locat.* & proinde pro parte ſua inſtar domini: idque innuere videtur Paulus *d. l.* 26. §. 1. cum dicit colonum, *qui nummis colat*; quòd ſcilicet colonus partiarius fructibus à fure deſectis aut decerptis non modò actionem furti, ut is qui nummis colit, ſed furti etiam condictionem pro parte ſua habeat.

Textus.

Quæ ſunt in fructu.

37. *In pecudum fructu etiam fœtus eſt, ſicuti lac, pilus, & lana: itaque agni, hœdi, & vituli, & equuli, & ſuculi, ſtatim naturali jure domini fructuarii ſunt. Partus verò ancillæ in fructu non eſt, itaque ad dominum proprietatis pertinet. Abſurdum enim videbatur, hominem in fructu eſſe: quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.*

Notæ.

37. *In pecudum fructu*] Ex Cajo, *l.* 28. *D. de uſur.*

Statim naturali Iure] Cajus, *ſtatim pleno jure fiunt bonæ fidei poſſeſſoris & fructuari, pleno jure*, id eſt, piena & ſolida proprietate.

Partus in fructu non eſt] *d. l.* 28. §. 1. *d. l.* 68. *de uſufr.* ſed in fructu hominis operæ ſunt, *l.* 3. & 4. *de op. ſerv.*

Abſurdum videbatur] *d. l.* 28. §. 1. *d. l.* 68. eadem quoque Stoicorum ſententia fuit, à quibus auctores noſtri ferè imbuti. Lucret. Aliam rationem affert Ulp. *l.* 27. *D. de hær. pet.* quia ancillæ non ad hoc comparantur, ut pariant, ſed ut ſerviant. Meminit hujus quæſtionis Cic. 2. *de fin.*

Commentarius.

1 *Ratio Caji, cur non placet partum ancillæ in fructu eſſe, examinata, & concinnior prælata ex Vulpiano.*

Qua ratione & modo fructus ſuos faciat tum bonæ fidei poſſeſſor, tum fructuarius, oſtenſum eſt §§. *proximè præcedentib.* exemplo fructuum, qui in fundis aut agris naſcuntur. Quoniam verò etiam hominum & pecudū ſuus fructus eſt, quem & ipſum bonæ fidei poſſeſſori & fructuario eadem ratione acquiri jure naturali conveniens eſt, ideo ne quid hic dubii relinqueretur, *ἐν παρόδῳ* oſtendere voluit, quænam in hominum & pecudum fructu habenda ſint, quæ nō ſint: & ait, in pecudum fructu non tantùm eſſe lac, pilum & lanam, ſed fœtum etiam: atque ob id agnos, hædos, vitulos, equulos & ſuculos ſtatim ut editi ſunt, naturali jure fructuarii fieri: addit Gajus, & bonæ fidei poſſeſſoris, *l. in pecudum* 28. *de uſur.* eſt enim utriuſque hic eadē ratio. In hominū autem fructu quæ ſint, non definit: ſed partum ancillæ negat in fructu eſſe: & ideo, inquit, ad dominum proprietatis pertinet, ſicut & Cajus *d. l.* 28. §. 1. Nimirū uterque hoc ſignificare voluit, ut non fœtus in fructu pecudum eſt, ita & partum ancillæ in hominis fructu ponendum: in hominum fructu ea dumtaxat eſſe, quæ ex operis eorum percipiuntur, *l.* 4. *de oper. ſerv.* aut ſi quid acquirant ex re fructuarii, ejuſve qui eos bona fide poſſidet, § 4. *& ſeq inf. per quas perſ. cuiq. acq.* ac proinde etiam hæc ſola ut fructus fructuario & bon. fid. poſſeſſori acquiri: partum non acquiri, fructuario nunquam, bonæ fidei poſſeſſori nō aliter, quàm ſi eum uſuceperit, *d* §. 4. *& ſeq. legat.* 4. §. *ſi ante* 18. *de uſurp. & uſucap.*

Abſurdum enim videbatur] Vetus fuit quæſtio an partus ad fructuarium pertineret: cujus meminit *Cic.* 2. *de finib.* uni ait, principes civitatis, P. Scœvolam & M. Manilium exiſtimaſſe, hominem in fructu eſſe, Brutum diſſenſiſſe: cujus ſententia obtinuit, teſte Ulp. in *l. vetus* 68. *de uſufr.* Cur autem non placuerit, partum in fructu eſſe ejus rei hanc rationem reddit Cajus *d. l.* 28. §. 1. *de uſur.* & Imp. hoc loco, quòd abſurdū viſum ſit, hominem in fructu eſſe, cùm omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit: quæ

Digitized by Google

ratio ducta eſt ex contrariis: quaſi dicant, natura non poteſt eadem res & fructus eſſe, & id, quod fruitur: relata hæc ſunt: relatorum unum numquam poteſt eſſe alterum. Etenim ut verum fatear, numquam hæc mihi ratio ſatis ſolida viſa fuit. Cur enim magis abſurdum, hominem in fructu hominis eſſe, quàm hominem homini ſervire? Aut cùm ſervos pecudibus Romanæ leges exæquent, *l. 2. §. 2. ad leg. Aquil.* cur cùm in fructu pecudum fœtus ſit, abſurdum eſt in fructu ancillarum partum eſſe? Nec eſt in his ulla ἀντίθεσις, *Fructus hominis cauſa comparati ſunt, & homo eſt in fructu hominis.* Non enim hìc idem eidem ſubjecto attribuitur, ſed diverſis. Quamobrem melior eſt, certè huic loco magis convenit, illa Ulpiani ratio, ſumpta à fine & uſu, quia ancillæ nō ad hoc comparantur, ut pariant, ſed ut ſerviant, *l. ancillarum 27. de her. pet.* Id autem ſolùm in fructu alicujus rei eſſe intelligitur, & ad fructuarium pertinere, quod percipitur ex eo uſu, ad quem res parata eſt, vel natura, vel patrisfam. inſtituto, *l. 9. §. 5. & ſeqq. l. 10. l. 11. l. 12. in pr. l. 13. §. 4. & ſeqq. l. 15. de uſufr.* Quapropter, etſi nihil intereſſet, partus in fructu ſit, necne; ad proprietarium pertineat an ad fructuarium; uti neque ancillæ, quæ utique ſervire cogitur: ratio tamen habenda fuit honeſti ac decori, cavendumque ne ſtupris vilitetur dignitas humana, arg. *l. juſtiſſimè 44. de ædil. edict.* Jam verò ancillas fœturæ gratia habere, quin turpe & probroſum ſit, nemo negare poteſt. Cæterùm nihil ampliùs efficit hæc ratio, quàm ut ne partus fructuario aut bonæ fidei poſſeſſori acquiri debeat: In cæteris enim partibus juris in fructu ſive reditu aut cauſa etiam partus computatur, *l. 8. l. 14. de uſur. l. Falcidiæ 24. §. 1. ad l. Falc. l. quæſitum 91. §. ult. de leg. 1.*

TEXTUS.

De Officio fructuarii.

38. *Sed ſi gregis uſumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius ſubmittere debet (ut & Juliano viſum eſt) & in vinearum demortuarum vel arborum locum aliàs debet ſubſtituere. Rectè enim colere & quaſi bonus paterfamilias debet.*

NOTÆ.

38. *Ex fœtu ſubmittere*] Ex fœtura gregem ſupplere, & ſufficere prolem., *d. l. 68. §. ult.* cum *2. ll. ſeq. de uſufr.* fiuntque capita ſubſtituta domini, ea, quibus ſubſtituuntur fructuarii, *d. l.* Baſil. *16. tit. 1. in fin.*

In vinearum demortuarum] *l. 18. d. tit.* Colum. 4. 17. Debet & adferre arbores, *l. 7. §. ult. eod.* quod Græcis κεντρίζειν, id eſt, forare medullam arboris ſterilis, & in eam fœcundæ calamum immittere. Species inſitionis pro genere. Cujac. 11. *obſerv. 36.*

COMMENTARIUS.

1 *Inter onera, quæ fructuario incumbunt, unum eſſe, ut rem fructuariam tueatur, & quid ea tuitio deſideret.*

LOngiùs à via digreditur Imperator: ſequendum tamen, quòcumque trahit. Cùm fructus omnes, ſive ex re naſcantur, ſive per cauſam rei percipiantur, fructuarii lucro cedant, æquum eſt, ut is viciſſim onera rei fructuariæ adjuncta agnoſcat, juxta regulam naturæ, *l. 10. de reg. jur.* Inter onera autem, quæ fructuario incumbunt, hoc 1 unum eſt, ut rem fructuariam tueatur, *l. uſufructuarius 44. de uſufr.* Hæc autem tuitio cùm exigat, ut rem, quam accepit, integram & in ſuo ſtatu conſervet, quantum cura & reparatione fieri poteſt: ideò & curam ac diligentiam rei ſervandæ adversùs imminentia pericula adhibere debet, & quidem talem, qualē diligens paterfam. ſuis rebus adhibere ſolet, *l. ſed cum 65. eod. l. in fin. l. ſeq. uſufr. quam cau* & ſuo ſumptu ſarcire ac reparare, quæ vitii aliquid contraxerunt, aut diſceſſerunt à priori integritate; puta ſi quid reficiendum eſt, ſarta tecta præſtare, animalia ægrota curare, gregem ex fœtu ſupplere, in locum arborum demortuarum alias ſubſtituere: in ſumma rectè colere, atque ut bonus paterfam. uti, *l. 7. §. 2. & 3. l. 13. §. 2. l. agri 18. l. ſicut 45. l. ſed cum 65. l. vetus 68. in fin. & 2. ll. ſeqq. de uſufr. l. 7. C. eod.*

Gregis uſumfructum] Ait *gregis*, nam ſi non gregis aut univerſitatis uſusfructus nomine collectivo legatus ſit, ſed ſingulorum capitum, veluti centum ovium, nihil ſupplere cogitur fructuarius *l. quid ergo 70. §. 3. de uſufr.* quippe in his, quæ numero certa ſunt & deſignata, non eſt augmento locus: & tot ſunt tunc uſusfructus, quot ſunt capita fructuaria, quorum uno mortuo uſusfructus iſte extinguitur.

Demortuorum capitum] Ait *demortuorum*, Ulpianus *d. l. vetus in fin. de uſufr.* hoc ideò, quia ſi vi externa capita aliqua ex grege perierint, incendio puta, aut ruina ſtabuli, aut prædonum impetu, hos caſus fructuarius præſtare non debet, nec in locum amiſſorum alia ſubſtituere, arg. *l. arbores 59. de uſufr.*

Ex fœtu ſubmittere] Ait *ex fœtu*. Neque enim de ſuo gregem ſupplere fructuarius cogitur, ſed ex agnatis capitibus, hoc eſt, natis ex eodem grege, *d. l. vetus in fin. eod.* Proindè ſi ex grege nondum ulla nata ſint prioribus demortuis, aut ſi oves abortierunt, aut fœtus perierunt, priuſquàm ſubmitti poſſent, nihil ſupplere debebit fructuarius. In locum quoque eorum capitum, quæ vel ſenio, vel vitio corporis inutilia facta ſunt, alia ex fœtu ſubmittenda, *l. vel inutilium 69. eod.*

Submittere debet]. Submiſſionis effectus hic, ut ſubſtituta capita ſtatim domini fiant, ſicuti poſt ſubſtitutionem priora ſi demortua vel inutilia & vitioſa, fiunt fructuarii. Hæc enim ex natura fructus deſinunt eſſe proprietarii, *d. l. vel inutilium 69. de uſur.*

Ki-

Digitized by Google

Vinearum demortuarum vel arborum] Ait hìc item *demortuarum*, ſicut Paulus *l. agri 18. eod.* nimirum ideo, quia in locum arborum vi tempeſtatis everſarum alias ſubſtituere non tenetur, *l. arbores 59. eod. tit.* quippe uſufructuarius omnia quidem, etiam quæ ſine culpa ejus contingunt, ſed ſoli rei & interna incommoda ac detrimenta ſuſtinet: quæ autem vi contingunt externa, nec à re ipſa proficiſcuntur, placet ad onus fructuarii non pertinere, ex regula & jure communi de caſibus fortuitis, *l. contractus 23. de reg. jur. l. quæ fortuito C. de pign. act.* Ulpianus in *l. 7. §. ult. de uſufr.* ſcribit, fructuarium cogi & adſerere arbores: quod Græcis eſt ἐγκεντρίζειν, id eſt, forare medullam arboris ſterilis, & in eam fœcundæ calamum immittere: inſitionis ſpecies pro genere. Qua forma Papinianus dixit adſerere prolem pro adoptare, ſicut ſcilicet inforatione ſurculus truncum adoptat, *Cujac. 11. obſ. 36.*

Rectè enim colere] Non ſatis officio ſuo fungi videri debet uſufructuarius, ſi fundum utcumque colat, niſi eum ita colat, ut ne deterior fiat cauſa uſus fructus, omniaque faciat, quæ faceret in re ſua, ſicut cautione fructuaria continetur, *l. 1. §. cavere uſufr. qui cav.*

Textus.

De inventione Theſauri.

39. *Theſaurus, quos quis in loco ſuo invenerit, Divus Adrianus naturalem æquitatem ſequutus ei conceſſit, qui eos invenerit. Idemque ſtatuit, ſi quis in ſacro aut religioſo loco fortuito caſu invenerit. At ſi quis in alieno loco, non data ad hoc opera, ſed fortuito invenerit, dimidium domino ſoli conceſſit, & dimidium inventori. Et convenienter, ſi quis in Cæſaris loco invenerit, dimidium inventoris, & dimidium eſſe Cæſaris ſtatuit. Cui conveniens eſt, ut ſi quis in fiſcali loco, vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipſius eſſe debeat, & dimidium fiſci, vel civitatis.*

Notæ.

39. *Theſauros*] Theſaurum in hoc argumento noſtri appellant pecuniam, quæ olim condita, nunc cum reperitur, à quo condita aut cujus ſit, ignoratur, *l. 31. §. 1. h. t. l. un. C. de theſ. lib. 10.* Caſſiod. *6. Varr.* 8. & ideò inter ἀδέσποτα quadantenus habetur.

In ſacro aut religioſo] Utroque ſcil. privato; nam & ſacra quædam privata, *l. 9. 1. D. ad leg. Jul. pecul.* Aliud, ſi in hujuſmodi locis publicis; ita cape *l. 3. §. pen. D. jur. fiſc.*

Sed fortuito] Ut puta ſi quis colendi agri cauſa fodiens humum, aurum defoſſum inveniat, nullo adhibito perſcrutandi ſtudio, quod ſine permiſſu domini meritò vetitum, *d. leg. un. C. de theſaur.* add. *leg. 63. §. penult. & ultim. hoc tit.*

Dimidium fiſci] Quòd ſi inventor partem ad fiſcum pertinentem ſuppreſſerit, totum cum altero tanto cogitur ſolvere, *l. 3. ult. de jur. fiſc.* De variis moribus legibuſque circa theſauros, v. eruditiſſimum Grot. *2. de jur. bell.* 8. Peregrin. *4. de jur. fiſc. c. 2.*

Commentarius.

1 *Theſauri appellatione ſignificari quaſvis opes repoſitas: tum etiam ipſum locum, in quo aſſervantur, & ratio nominis.*
2 *In quæſtione propoſita quid eo verbo noſtri intelligant, & quo referenda hæc acquiſitio.*
3 *Locum proprium hic intelligi etiam eum, in quo alius uſumfructum habet: ſecus ſi jus emphyteuſis aut feudi.*
4 *A divis fratribus nihil mutatum eſſe ex eo jure quod de theſauro in loco ſacro aut religioſo reperto divus Adrianus conſtituit.*
5 *Cur cæteræ res hujus generis etiam in alieno quæſitæ occupantium fiant, theſaurus non item, & n. 8.*
6 *Cur theſaurus non totus cedat inventori, ut res cæteræ, quæ nullius ſunt.*
7 *Diſtinctio rerum Cæſaris, fiſci, publicarum & civitatis.*
8 *Summa juris de theſauris conſtituti, & quid moribus hodiernis obtineat.*

PArtes propoſitæ tractationis, quæ à Juſtiniano paſſim ſparſæ ſunt, commodioris doctrinæ cauſa ad duo ſumma capita revocari poſſe, ad occupationem ſcilicet, & rei noſtræ poteſtatem, ſupra diximus in explicatione, *§. ſingulorum eod.* & progreſſi oſtendimus, ſingula, in quæ incidimus, ad alterutrum horum capitum pertinere. Nihil quod nobis poteſtate rei noſtræ quæratur, ſupereſt; ad factum & occupationem noſtram pertinent, inventio theſauri, apprehenſio rerum, quæ à dominis vel traduntur, vel pro derelicto habentur; in quibus porro explicandis hic titulus conſumitur.

Theſauros] Theſaurus Græcis & Latinis idem eſt, quod Perſis *gaza*, nimirum quælibet divitiæ, quas in uſum futurum aſſervamus aut recondimus. Nam & pecunia nuper depoſita, & cujus dominus non ignoratur, paſſim theſaurus appel-
latur, etiam apud noſtros, ut in *l. item Labeo 22.* 1
fam. erc. l. theſaurus 15. ad exhib. l. pergre. 44. de acq. poſſ. ac de tali quoque theſauro accipiendo *l. 3. §. Neratius d. tit. de acq. poſſ.* ut rectè exiſtimat Gothofredus, injuria notatus à Bachov. *vid. Duar. ad d. §. Neratius.* Locusquoque, in quo opes aſſervantur, τὸ γαζοφυλάκιον, theſaurus appellatur. Plutarch. *in Solon.* [illegible] Hinc per translationem. Cic. *1. de orat.* memoriam dicit eſſe rerum omnium theſaurum. Atque hæc ſignificatio etiam rationi nominis convenit. Quamvis enim *Conn. 3. comm. 4. & Don. 4. comm. 14.* theſauram inde dici putant,

quod

Digitized by Google

quod εἰς αὔριον, *in craſtinum*, ſit repoſitus, ut ſit θέσις εἰς αὔριον: propius tamen vero eſt, vocem eſſe conjunctam ἐκ τοῦ θεῖναι καὶ αὔριον, ut ſit, conditorium pecuniæ. Hoc enim nomine veteres Græci pecuniam vocabant, qua qui abundabat,
2 αὐρὶς, dicebatur, teſte Heſychio. Cæterum in quæſtione de acquirendo rerum dominio, cum agitur de theſauro occupatione acquirendo, Juriſconſulti theſaurum appellant eam dumtaxat pecuniã, quæ olim condita, nunc, cum reperitur, à quo condita, aut cujus ſit, ignoratur, *l. numquam 31. §. 1. hoc tit. l. un. C. de theſaur. lib. 10. l. à tutore 67. de rei vend.* convenienter nimirùm argumento, quod tractant: cum non alius theſaurus ſit idoneus, qui hoc modo acquiratur, quàm qui dominum non habeat: nec repugnat communis & popularis loquendi conſuetudo. Igitur in quæſtione propoſita theſaurus definitore Paulo in *d. l. 31.* eſt vetus quædam depoſitio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Cujus deſcriptioni ſimilis eſt illa Leonis in *d. l. un.* theſaurum interpretantis, condita ab ignotis dominis tempore vetuſtiore mobilia, & Caſſiodori *lib. 6. var. c. 8.* definientis depoſitivam pecuniam, quæ longa vetuſtate competentes dominos amiſit. Atque hinc jam etiam liquet, theſaurum quoque pertinere ad regulam juris gentium de rebus nullius: quamquam non per omnia in theſauro occupando & noſtro faciendo idem ſervatur, quod in cæteris rebus, quæ nullius ſunt. Nam cæteræ hujus generis res, quovis loco occupatæ, totæ fiunt occupantis: theſaurus autẽ extra locum proprium repertus pro parte tantùm dimidia. Sed & res cæteræ quæ nullius ſunt, fiunt occupantis, etiamſi data opera quæſitæ ſint in alieno: theſaurus in alieno quæſitus nullo modo. Quod quantobrem tam variè placitum, intelligetur non ita multò poſt.

Quos quis in ſuo loco invenerit] Sive data opera quæſitos, ſive fortè fortuna: tantùm magicæ partes ad theſaurum in ſuo inveniendum prohibentur: quas & ubique excipi oportet, *d. l. un. C.*
3 *de theſaur.* Ait *in loco ſuo*. Proprium locum recipere debemus; etiam eum, in quo alius uſumfructum habet, *arg. pr. inſ. de her. inſt.* Proinde ſi in eo loco proprietarius theſaurum invenerit, in ſuo inveniſſe intelligi debet, & totum ſibi quæſiſſe. Si alius, pars dimidia inventoris, pars altera proprietarii erit. Idemque dicendum eſt, ſi uſufructuarius invenerit: quoniam theſaurus in fructu non computatur, *l. ſi is qui, 63. §. 3. hoc tit.* Unde etiam eſt, quòd theſaurus à marito in prædio dotali inventus pro parte dimidia tantùm mariti lucro cedat, pro altera dimidia ſit reſtituendus, quaſi in alieno inventus, *l. 7. §. ſi fundum 12. ſol. matr. Moller. 4 ſem. 27.* Ager autem vectigalis ſive emphyteuticus magis eſt, ut emphyteutæ proprius exiſtimetur, ejuſque, qui dominium utile, quàm qui directum habet. Nam ad emphyteutam pertinet pleniſſima rei utilitas, & pari jure, quo dominus, rem tenet ac poſſidet: adeòque averſus ipſum etiam directum dominum utilem in rem actionem habet, *leg. ſciendum 15. §. 1. ſatiſd. leg. 1. §. ſi ag. vect. l. qui ſit. 25. §. 1. in fin. de uſur.* Longè igitur diſtat emphyteuta à fructuario: emphyteuta jus habet in corpore & ſubſtantia rei, fructuarius non item. Hinc eſt, quòd fructuarius in edicto *Qui ſatiſdare cog.* pro poſſeſſore non habetur, emphyteuta contra *d. l. 15. §. 1. qui ſatiſd. cog.* quod arbores vi ventorum dejectæ ad emphyteutam pertinent, non ad fructuarium, *l. 12. de uſufr.* Si quid ſervo, in quo quis uſusfructus, legatum aut donatum ſit, id non fructuario, ſed domino proprietatis acquiritur, *§. 4. infr. per quas perſ. cuique acq.* ſi ſervo emphyteutæ, ipſi emphyteutæ. Quam ob cauſam dubitandum non eſt, quin ſi ipſe quoque emphyteuta in prædio in emphyteuſim ſibi conceſſo theſaurum ſimiliter invenerit, totum eum ſibi ſoli rectè vendicet: eademque planè ratio eſt Vaſalli, qui theſaurum reperit in fundo feudali, *arg. c. un. de inveſt. de re al. fac. lib. 2. feud. Mynſ. Schneid. Vveſ. poſt Gloſſ. & DD. comm. hic. Nic. Burgun. ad conſ. Fland. tr. 12. Chriſt. vol. 6. deciſ. 21. num. 19. & ſeqq.*

Adrianus naturalem æquitatem ſecutus] Hoc eſt, ſecutus regulam juris naturæ ſive gentium, de rebus, quæ nullius ſunt, occupanti concedendis, *§. feræ 12. ſup. eod.* Nimirum cùm etiam theſaurus numeretur inter ea, quæ nullius ſunt, æquum eſt cenſuit Adrianus, etiam in theſauro occupato regulam iſtam ſervari; & quidem per omnia, ſi quis inveniſſet amico Hercule in ſuo: quippe qui & alia ratione ita repertum vendicare poſſe videatur, vel tanquam beneficium & commodum rei ſuæ, vel quod ſimile vero ſit, eum à majoribus ſuis conditum eſſe: hæc enim ratio facit, ut in alieno reperti dimidium concedatur domino ſoli.

Idemque ſtatuit, ſi quis in ſacro aut religioſo Quod hic Adrianum conſtituiſſe refert Juſtinianus, id à fratribus Principibus civili ratione mutatum eſſe exiſtimant *Accurſ. Ang. Porc. Fab. Schneid. hic Duar. de acq. rer. dom. c. 3. Don. comm. 14.* Sic enim ſcribit Calliſtat. *l. 3. §. pen. de jur. fiſci. Si in locis fiſcalibus, vel publicis, religioſiſve, aut monumentis theſauri reperti fuerint, divi fratres conſtituerunt, ut dimidia pars fiſco vindicaretur.* Quam ſententiam veram quidem eſſe fatetur Covar. in *c. peccatum de reg. jur. in 6. p. 3. relect. §. 2. n. 3.* ſed ille conſtitutionem divorum fratrum à Juſtiniano iterum abrogatam contẽdit, qua parte illa derogaverat edicto divi Adriani. Neutrum 4
probabile mihi videtur. Nam ſi edictum Adriani reſcripto Antonini & Veri ſublatum fuiſſet, utique non quid ille, ſed quid hi de theſauris in loco ſacro religioſove inventis conſtituiſſent, Juſtinianus commemoraſſet: & cùm ſimpliciter referat edictum Adriani, non facta mẽtione reſcripti fratrum imperatorum; vix eſt, ut dici poſſit, hic aliquid non juris ab eo conſtitutum eſſe. Arbitror, commoda explicatione *d. l. 3. §. pen.* cum hoc noſtro §. conciliari poſſe: quamvis id neget Ant. Matth. Conſtituit Adrianus, theſaurum ejus

eſt,

Google

eſſe, qui eum inveniſſet in loco ſuo: addidit, idem eſſe, etiamſi in loco ſacro aut religioſo repertus ſit; nimirum ejus itidem eſſe, cujus eſt fundus, in quo loca iſta ſunt, perinde quaſi in ſuo adhuc reperiſſet. Nam etſi loca ſacra & religioſa nullius verè in bonis ſint, ejus tamen aliquatenus ſunt, cujus in uſu & fundo ſunt, & quodammodò juris privati, *arg. l.5. & ſeq. de relig. l. ſacrilegi 9. §.1. ad leg. Iul. pec. l. in modicis 24. de contr. empt.* neque poteſt ſine injuria vel in Deos ipſos Deorum beneficio privari, qui vel ipſi, vel quorum majores partem fundi ſui divinis uſibus dicaverunt. Quid divi fratres in *d.l. 3. §. pen. de jure fiſci?* Conſtituerunt, inquit Calliſtratus, ut theſauri in locis fiſcalibus vel publicis religioſiſve aut monumentis reperti, pro parte dimidia fiſco vendicarentur. Titulus ipſe & rerum conjunctio oſtendunt, loqui Impp. de locis religioſis ſimilibus publicis, in quibus ſcilicet fiſcus jus habet, aut qui fiſci quodammodò ſunt, puta quod ad fiſcum fortè pervenerunt; juxta *leg. 6. eod. tit.* vel quę publicè civium funeribus deſtinata ſunt, cujuſmodi tenuiorum tumulos in ſuburbanis fuiſſe auctor eſt Aggen. Urbicus. In his locis eodem jure uti fiſcum volunt, quo utitur in rebus publicis juris profani, aut quo utuntur privati in loco ſuo ſive profano ſive religioſo. Et verò ob loci religionem aut ſanctitatem nihil novi juris hic conſtitutum fuiſſe, argumento eſt, quod Leo Imp. in *d.l. un. C. de Theſ.* ſimpliciter diſtinguit, an quis in ſuo loco repererit, an in non ſuo, nulla facta mentione ſacri aut profani, quaſi hoc nihil ad rem faciat; idque ex Ælio Spartiano etiam certius colligas, qui itidem ſine ulla rerum diſtinctione refert, Adrianum de Theſauris ita caviſſe, ut *ſi quis in ſuo reperiſſet, ipſe potiretur; ſi quis in alieno, dimidium domino daret: ſi quis in publico, cum fiſco æqualiter partiretur.* Nulla igitur eſt pugna inter *d.l. §. pen.* & hunc §. noſtrum, quem de loco religioſo privato accipi oportet, ſuadente id ipſum quoque rerum in eo conjunctione, & diſcretione: manifeſtèque labitur Bachovius, qui ob conjunctionem loci religioſi & ſacri negat hanc interpretationem admitti poſſe, ad quod nulla loca aut ædes ſacræ privatæ dici poſſent; hoc enim falſum eſſe, & ſacella privata propriaſque ſuas ædiculas veteres habuiſſe, vel unus Paulus eum docere poterat in *l. ſacrilegi 9. §.1. ad leg. Iul. pec.* ita propemodum & *Com. 3. Com. 4. Charond. 1. veriſim. 21. Robert. recc. lect. 5. Cattunc. & Vveſemb. hic.*

Fortuito caſu] Theſaurus, quem inveni in loco meo ſive fortuitum ſive quæſitum, meus eſt: ſin ille locus meus ſacer eſt vel religioſus, non alias meus erit, quàm ſi fortunæ quaſi munere mihi oblatus fuerit, nullo adhibito perſcrutandi ſtu-
5 dio: quod procul dubio ideo placuit, ne detur, occaſio violãdorum ſepulchrorum & aperiendi urnas defunctorum, ſi etiam ſtudioſè quæſitum inventumque ſuum quiſque faciat, ſibique habeat.

At ſi quis in alieno] Cæteræ res, quæ nullius ſunt, occupantium ſiunt, etiamſi data opera in alieno quæſitæ ſint, ut de feris beſtiis in fundo alieno inveſtigatis & captis diximus: theſaurus in alieno quæſitus & inventus ne pro parte quidem fit inventoris, ſed totus domino reddi jubetur, *d.l. un. C. de theſaur.* Ratio diverſi juris hæc eſt, quòd qui feram in alieno capit, aut rem puta pro derelicto habitam tollit, nihil fundo aut fundi domino nocet: ad theſaurum verò perveniri non poteſt ſine effoſſionibus & manifeſto damno fundi in cujus viſceribus theſaurus abditus jacet. Aliena autem effodere ſine permiſſu domini, inque iis latentes rimari opes, meritò vetitum, & pœna, non præmio dignum, *d.l. un. l. 2. C. Theod. de theſaur.*

Dimidium domino ſoli] Theſaurus in alieno loco caſu inventus, dum quis arat, aut quid aliud in eo operis facit, pro dimidio inventoris fit, pars altera dimidia conceditur domino ſoli, *l. ſi is 63. §. pen. & ult. hoc tit. d.l. un. C. de theſ.* Cur verò inquis, non totus cedit inventori, ſicuti
cæteræ ejuſdem generis res occupãtis totæ fiunt, 6
loco quocumque occupatæ: ut feræ beſtiæ, res pro derelicto habitæ, gemmæ & lapilli inventi in littoribus? Nimirum quia illæ verè nullius ſunt, theſaurus non eſt, quippe quem nemo eo animo abſcondit, ut eum in numero rerum ſuarum eſſe nolit, ſed ut tutiore loco cuſtodiat: tantùm ideò nullius eſſe dicitur, quia cujus ſit non apparet: nam etſi dominium per rerum naturam habeat, hæredem ſcilicet ejus, qui eum defodit, quamvis per longiſſimam ſucceſſionem primo domino ſuccedentem: apud nos tamẽ non habet, quia à nobis dominus ignoratur: ob quam incertitudinem itum eſt ad hanc partitionem, ut pars una inventori, pars altera domino loci adjudicaretur. Tametſi enim pro inventore dici poterat, theſaurum, ut rem nullius, totum ei, qui invenit, tribui oportere, propterea quòd de his, quæ non apparent, perinde judicandum ſit, quaſi non eſſent *l. in lege 77. de contr. empt.* dominum tamen loci & ſua & par ratio defendit, qui contra ſibi theſaurum vindicans, dicere poteſt, nihil eſſe veriſimilius, quam quòd à majoribus ſuis profectus ſit: in proprio enim, quia tutiùs, non in alieno theſauro condi: ad hæc fundi, in quo tanto tempore aſſervatus eſt, quodammodò beneficium eſſe: quam ob cauſam cum Impp. Gratianus, Valentian. & Theod. partem quartam dumtaxat domino loci aſſignaſſent, *l. 2. C. Theod. de theſ.* meritò Imp. Leo, abrogata eorum conſtitutione, ad æqualitatem partitionis & veterum conſtitutionum normam rem revocavit.

In Cæſaris loco, &c.] Diſtinguit Imp. loca Cæſaris à locis fiſcalibus, & hæc à publicis, publica à locis civitatis. Res Cæſaris dicuntur bona Principis patrimonialia. Res fiſci ſunt, veluti bona proſcriptorum, vectigalia, commiſſa, bona caduca; quæ quidem & ipſa quaſi propria & privata ſunt Principis, *l. 2. §. 4. ne quid in loc. pub.* ſed ut Principis, & ratione imperii. Publica loca appellat, quæ in uſu publico ſunt populi Romani, veluti areæ, inſulæ, agri, viæ itineraque publica, *d.l.*

Digitized by Google

d. l. 2. §.3. Loca civitatis quæ uſibus civium in municipiis & ſingulis civitatibus deſerviunt, §. *univerſitatis ſup. eod.* quæ à publicis eodem ſenſu hic ſeparat, quo Ulp. bona civitatis ab iis, quæ populi Romani ſunt, *l.* 15. *de verb. ſign.* Spartianus omnia iſta loca deſignavit uno verbo publici. Hæc obiter in præſentia; ſubtiliùs rerum Cæſaris, fiſcalium & publicarum diſcrimen exquiremus, §. *ult. inf. de uſuc.*

Dimidium fiſci vel civitatis] Sive in loco alieno privati alicujus, ſive in loco Cæſaris, aut publico fiſci vel civitatis theſaurus repertus ſit, medietatem dũtaxat inventor conſequitur, pars altera repertorum ad eum pertinet, qui loci dominus eſt, aut jus imperiumve in eo habet: & quod diximus de loco privato, non aliter partem in eo reperti inventoris fieri, quàm ſi fortuito & aliud agens invenerit, alioqui totum reſtituendum eſſe ei, cujus eſt locus, hoc non minùs obtinere debet in locis publicis, ut in his etiam cõſulta opera quæſitus & inventus ſimiliter totus pertineat ad Principem vel civitatem. Non enim magis fas eſſe credẽdum eſt, publica loca effodere & ſcrutari, quàm privata aliena, facit conſtitutio Frederici *lib. 2. Feud. tit. 56. quæ ſint regal. in fin.* Quòd ſi inventor partem theſauri ad fiſcum pertinentem ſuppreſſerit, totum cum altero tanto cogitur ſolvere. Deferre autem ſe nemo cogitur, ſi pars fiſco non debeatur, *l.* 3. §. *ult. de jur. fiſc.*

Summa juris de theſauris edicto D. Adriani
8 conſtituti hæc eſt, ut ſi quis theſaurum in ſuo reperiſſet, ſive quæſitum, ſive nihil tale cogitans, totum ſibi haberet: ſi quis in alieno, non data ad hoc opera, dimidium domino daret, partem alteram dumtaxat ipſe conſequeretur: ſi quis in loco publico, itidem non data opera, cum Principe aut civitate æqualiter partiretur. Si quis autem ſcrutatus in alieno ſive privato ſive publico theſaurum inveniſſet, is totum hunc domino loci, ſive ad cujus curam vel imperium locus pertinet, reddere cogeretur. Ab hoc jure cùm procedente tempore receſſum eſſet, ut conſtat ex *tit. C. Theod. de theſau.* redactum illud à Leone Nepote, *l. un. C. Juſtin. eod.* iterumque vigore ſuo privatum, reſtitutum à Leone Philoſopho *Nov. Leon.* 51. A Frederico nil mutatum, *tit. quæ ſint reg.* At nunc in pleriſque locis theſauros, ut & alia plerumque *ἀδέσποτα*, Principes ſibi vindicãt, & quidẽ in ſolidum, quocumque in loco reperti fuerint: eſtque id nunc jus commune & quaſi gentium. Nam & in Germania, & Gallia, & Anglia, & Hiſpania, & Dania id obſervatur, teſte *D. Grot. 2. de jur. bell. c. 8. n. 7. add. Peregr. lib. 4. de jur. fiſc. c. 2. Covar. in relect. c. peccatum de reg. jur. in 6. part. 3. §. 2. Le bret. lib. 3. de la ſouveraineté, c. 6. Chriſtin. vol. 6. deciſ.* 16. Theodoricus quoque rex theſauros quocumque loco repertos publico vindicari juſſit. *Sine damno* enim, inquit, *inventa perdis, qui propria non amittis.* Caſſiodorus 4. *var.* 34. & 6. 8. Apud nos tamen jus hoc incertum eſſe dicitur; nam patronos quidem fiſci contendere theſauros quocumque in loco inventos ad fiſcum pertinere, ut pleriſque aliis regionibus nunc obtinere diximus: cæterum alios contra putare, ſequendam nobis eſſe in hoc negotio conſtitutionem juris Romani; propterea quod neque quicquam de eo cautum reperiatur regibus propriis; neque doceri poſſit, Romani juris vigorem apud nos deſuetudine uſuque contrario enervatum. *Grot. 2. manud. ad Juriſc. Bat. c.* 4. Itaque in hoc dubio contra fiſcum facilè reſponderim, *arg. l. non puto* 10. *de jur. fiſc. add. Groenew. de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

De Traditione. 1. Regula ejuſque Ratio.

40. *Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens eſt naturali æquitati, quàm voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi: & ideò cujuſcumque generis ſit corporalis res, tradi poteſt, & à domino tradita alienatur. Itaque ſtipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem ſtipendiaria & tributaria prædia, quæ in provinciis ſunt: inter quæ nec non & Italica prædia, ex noſtra conſtitutione nulla eſt differentia: ſed ſiquidem ex cauſa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex cauſa tradantur, ſine dubio transferuntur.*

NOTÆ.

40. *Per traditionem*] Ex Cajo *l. 9. §. 3. h. t.* Sola autem conventione dominium non transfertur, veluti ſi inter nos convenerit, ut mea res eſſet tua, licèt ex juſta cauſa, puta, quia eam tibi vendidi, *l. 20. C. de pact.*

Tam conveniens naturali æquitati] Eſt enim ſuæ quiſque rei moderator & arbiter, *l. 21. C. man.*

Cujuſcumque generis] Sive mancipi, ſive nec mancipi, quam differentiam delevit Juſt. *l. un. C. de uſuc. transfor.* v. Ulp. *tit.* 19.

Corporalis res] Nam incorporales traditionem non recipiunt, *l. 43. §. 1. h. t. 14. §. propen. D. de uſuc.* ſed in his unius patientia & uſus alterius pro traditione & apprehenſione eſt, *l. ult. D. de ſervit. l. 3. pr. D. de uſufr.*

Stipendiaria & tributaria] Quædam erant provinciæ ſtipendiariæ, quædam tributariæ, prout quædam erant proconſulares, quædam præſidiales, de quibus Strabo *lib. 3. & ult.* Dio 53. add. Sig. *de jur. civ. Ro. lib. 1. c.* 16.

Noſtra conſtitutio] *d. l. un. C. de uſucap. transf.* ubi tollitur vetus rerum & dominiorum diſtinctio. Et ſi autem provinciales pleno jure domini non erant; habebant tamen jus aliquod dominio proximum, prædiaque ſua alienare poterant, & hæredibus relinquere, & ſervitutem his imponere, *l. 3. de ſervit.*

Ex

Digitized by Google

Ex cauſa] Nunquam enim nuda traditio dominium transfert, ſed ita, ſi venditio aut alia juſta cauſa, id eſt, titulus ad dominium transferendum habilis, præceſſerit, *l. 31. h. t.* ſaltem opinione tradentis.

COMMENTARIUS.

1 *Citra traditionem dominia rerum jure gentium non transferri, & quam rationem hoc habeat.*
2 *An ad transferendum dominium requiratur vacuæ poſſeſſionis traditio.*
3 *Reſponſum Triphonis ſub tit. de fund. tot. expoſitum.*
4 *Traditione non transferri dominium, niſi juſta cauſa, ſaltem opinione tradentis, præceſſerit, propter quam traditio ſequatur.*
5 *An & quando diſſenſio in cauſis tradendi & accipiendi impediat dominii translationem.*
6 *De veteri diſcrimine dominorum nonnulla.*
7 *Quale jus olim poſſeſſores prædiorum provincialium habuerint.*
8 *Stipendium & tributum univocè dici.*
9 *Provincialium qui vectigales, qui ſtipendiarii ſive tributarii appellati.*

HÆc quoque acquiſitionis ſpecies ad generalem occupationem referri debet: nam cum traditione rem acquiri dicimus, non intelligimus ſolùm factum tradentis, ſed ex effectu magis etiam rei traditæ acceptionem atque apprehenſionem; quippe ſine qua traditio non perficitur, hoc eſt, dominium non transfertur aut acquiritur, *l. in omnibus 55. de obl. & act.* Differt autem hic modus acquirendi à ſuperioribus ejuſdem generis, quòd earum rerum, quæ nullius ſunt, gentium acquirendarum ratio præter apprehenſionem nihil deſiderat, quia occupantur ſine cujuſquam injuria; quæ ex hoſtibus capiuntur, invitis dominis ad nos transeunt jure belli: in ſpecie autem propoſita non ſatis eſt nanciſcendi dominii cauſa rem apprehendiſſe, niſi & voluntate domini in hoc tradita ſit; quod omninò hic exigit ratio juris gentium, *d. l. in omnibus l. 2. de his qui ſui vel al. jur. l. id quod noſtrum de jur.* Et quia nemo eo animo eſt, ut velit rem ſuam in alium transferre ſine cauſa, inde eſt, quod, cum in cæteris omnibus juris gentium acquiſitionibus modus acquirendi idem ſit & cauſa ſive titulus, (verbi cauſa occupatio feræ beſtiæ eſt & modus acquirendi & titulus) ea in hac ſpecie perpetuò diſtinguantur. Modus acquirendi eſt traditio vel potiùs rei traditæ acceptio & apprehenſio, titulus, veluti emptio, permutatio, donatio, cæteræque cauſæ, ex quibus res à domino tradita dominium in accipientem tranſit, ſin minùs, jus uſucapiendi, *l. numquam 31. hoc tit. l. 1. & ſeqq. de publ. in rem. act.*

Per traditionem] Traditio vel vera eſt, quæ naturalis datio appellatur, *l. non ſtatim 8. de pecul.* & in re mobili eſt de manu in manum translatio, in re ſoli in poſſeſſionem inductio: vel ficta, quæ commoditatis cauſa fit vel brevi manu, vel actu aliquo corporis, aut nota ſive ſymbolo quod veram traditionem repræſentet. Non minùs verò ficta & ſymbolica traditione dominium in accipientem tranſit, quàm vera & naturali, *§. interdum & ſeq. inf. eod.* At citra ullam traditionē 1
nudis & ſolis pactis dominium non transfertur, etiamſi id agatur in negotio gerendo, ut transeat: verbi cauſa, placuit inter nos, ut mea res eſſet tua; licèt id placuerit ex juſta cauſa, puta quia eam tibi vendidi, non ante tamen tua erit, quàm à me tibi tradita ſit, vid. *l. traditionibus, 20. C. de pact. l. ſi ager. 50. de rei vend. l. quoties l pen. C. eod. l. 6. C. de hær. vel act. vend.* Cur verò ad dominium transferendum non placet ſufficere nudam convenientium voluntatem? Nimirum quia nemo ex ratione juris gentium facto ſuo rem, ſive ea nullius ſit, ſive alterius, acquirit, niſi cujus poteſtati & manui ſubjecta ſit; quod ita quiſque conſequitur, ſi eam apprehenderit, ſi poſſeſſionē ejus nanciſcatur, *arg. l. 1. de acq. poſſ.* Non aliter autem poſſeſſio rei alienæ apprehendi, & per eam poteſtati noſtræ res ſubiici poteſt, quàm ſi dominus eam tradiderit, in cujus tam diu poteſtate eſt & manet. Diſſ. tamen D. Grot. 2. *de jur. bell. c. 6. & 8.* contendens ex ratione juris naturæ ſeu gentium nihil ampliùs ad translationem dominii requiri, quam ſolam voluntatem domini rem ſuam alteri in hoc addicentis: jure autem & ratione civili inſtitutum eſſe ſecuritatis dominiorum cauſa, & occurrendi temerariis alienationibus, ut tunc demum dominium à priore domino abeat, cùm is alteri rem tenendam & poſſidendam tradiderit: quod qui à à multis gentibus receptum, jus gentium impropriè dicatur. Sed poſito eo, quod diximus, & quæ veterſi ſanè omnium ſententia fuit, traditione, non nuda conventione, dominium jure naturali ſive gentium acquiri, quæſitum porrò ab Interpp. eſt, an in propoſito ad dominium transferendum ſufficiat, rem 2
qualiter qualiter tradidiſſe, dum ea tradita ſit vacua ab omni detentore, qui apprehenſionem impediat; an verò ad eam rem neceſſe ſit, tradere rei vacuam & plenam poſſeſſionem. Breviter, an res ab alio poſſeſſa ita alicui tradi poſſit, ut dominium in eum transeat. Finge ita: Fundum tibi vendidi, qui ab alio bona fide poſſidebatur, & dū fortè poſſeſſor peregre abeſt, eum tibi tradidi dominii transferendi cauſa, tu in eum ingreſſus es eo animo, ut capias quod traditur, & dominus fias. Quæritur, an quia vacua poſſeſſio, tradita non eſt, ac ne poſſeſſio quidem, nihilominus tibi fundus jure gentium acquiratur. Et putavi aliquando cum DD Longobardis, *Placent. Joan. Aven. Actuſ. Odofred. Bart. Bald.* quos ſequuntur *D. Dom. 4. Comment. 19.* acquiri: neque alienam abſentis poſſeſſionem obſtare domino, quominùs ille rem ſuam transferat in eum, cui ejus rei corpus prehendendum & tenendum dat, ſine cujuſquam impedimento. Cæterum nunc in contrarium moveor, & quidem maximè illa ipſa ratione, qua illi utuntur ad probandam neceſſitatem

traditionis. Ajunt enim adeò ad acquiſitionem translationem dominii neceſſariam eſſe traditionem, quia ratio juris gentium exigit, ut quod facto noſtro acquiritur, priùs poteſtati noſtræ ſubjiciatur. At verò poteſtati noſtræ ſubjecta dici non poteſt, cujus plenam poſſeſſionem, eamque, quæ avelli non poſſit, nacti non ſumus, *l. non videtur 22. de acq. poſſ. l. 4. §. in poteſtate de uſuc. l. 13. §. 1. de verb. ſign.* neque poteſt in nos transferri poſſeſſio juſta ejus rei, quam alius poſſidet, quamdiu poſſidet, & vel animo retinet poſſeſſionem, *l. 3. §. ex contrario 5. & §. 7. l. 6. §. ult. de acq. poſſ.* Sunt verò & alia hujus rei argumenta non pauca. Nam cùm unū idemque genus ſit, & actus idem traditionis, qua transfertur dominium & præſtatur cauſa uſucapionis, *arg. l. 11. §. 1. de act. empt. l. fundum 46. §. 1. de evict. §. pen. infr. per quas perſ.* non magis convenit, re à domino tradita dominium transferri ſine translatione poſſeſſionis, quàm re tradita à non domino jus uſucapiendi. Adhæc ſi dominium nobis acquiri poteſt directò ſine poſſeſſione, poterit & per procuratorem eodem modo. Quid enim intereſt, mihi res tradatur, an mea voluntate alteri meo nomine accipienti? Planè nihil, *l. reſtituta 37. ad ſen. Trebel.* At certum eſt, per procuratorem dominium nobis non acquiri niſi per conſequentiam poſſeſſionis per eum nobis adeptæ, *l. traditio 20. §. ult. hoc tit. d. § pen. inf. per quas perſ. l. 1. & l. 8. C. de acq. poſſ.* Quin etiam ipſa traditio non propter ſe, ſed propter poſſeſſionem videtur requiri, cùm ubi ſine traditione poſſeſſio obtineri poteſt, traditio non deſideretur, *l. 9. § interdum inf. eod.* His accedit & veterum manifeſta auctoritas, quibus tradere, cum de transferendo dominio quæritur, nihil aliud eſt, quàm poteſtatem facere rei habendæ & poſſidendæ: traditio nihil aliud, quàm poſſeſſionis datio atque translatio, *leg. 3. § 1. de act. empt.* Hinc illa re tradita, poſſeſſionem amitti, *l. ſi ager. 50. de rei vend.* retenta poſſeſſione, nihil traditum intelligi, *l. ſervi, 16. de pec. & comm. rei vend.* Huc denique pertinent textus, *l. cum res 12. C. de probat. l. qui prædium 13. C. de diſtr. pign.* & maximè *l. 8. C. de act. empt.* item *l. hæc ſi 47. de rei vend.* quo loco diſertè ſcribit Paulus, non aliter dominium rei abſentis nobis acquiri, quàm ſi poſſeſſionem ejus nacti ſimus ex voluntate domini. Ait enim: inquies, nihil commune habet poſſeſſio cum dominio, *l. 12. §. 1. de acq. poſſ.* Quid tum poſtea? nam nec titulus ſive cauſa, nec nuda apprehenſio & detentio habet: quæ tamen illi ipſi in propoſito requirunt, qui hoc objiciunt. Separata quoque eſt cauſa poſſeſſionis & uſucapionis, *l. 2. §. 1. pro empt.* nemo tamen inde colligit, uſucapionem ſine poſſeſſione procedere. Nihil ad rem facit, quòd dominium retineri poteſt ſine poſſeſſione: non enim tam facile quid acquiritur, quàm quæſitum ſemel retinetur. Poſſeſſio non acquiritur niſi animo & corpore, animo retinetur ſolo, *l. 3. §. 1. & §. ſalvius 12. l. 5. in fin. de*
3 *acq. poſſ.* Feræ beſtiæ non aliter noſtræ fiunt, quàm ſi eas ceperimus: manent noſtræ ſemel captæ, quâvis effugerint, quamdiu cum ſpe recuperandi eas perſequimur, *§. feræ 12. ſup. eod.* Unus locus eſt, quo præcipuè moventur, qui dominiū etiam ſine poſſeſſione acquiri poſſe contendunt, *l. ſi fundum 16. de fund. dot.* Ajunt in eo reſponſo mulierem à Tryphonino proponi, quæ fundum, quem Titius poſſidebat & propè jam uſueeperat, marito in dotem dedit eo effectu, ut fundus dotalis fieret, atque ex eo tempore ad prohibitionem legis Juliæ pertinere inciperet, maritoque acquireretur vendicatio: quæ omnia arguant, dominium iſtius fundi marito quæſitum fuiſſe, per *l. in rem. 23. de rei vend. junct. l. dot. 13. §. 2. de fund. dot.* cui tamen poſſeſſio acquiri non potuit, cùm alius fundum poſſideret. Unde porrò effici putant, fundi iſtius dominium ſimplici traditione ac nudo brutoque corporis contactu in maritum translatum fuiſſe. Sed eorum, quæ colligunt, nihil ex iſto reſponſo neceſſariò ſequitur. Etenim in dotem quoque data dicuntur, quæ non protinus tradita ſunt, ſed doti tātùm deſtinata, *l. ſi rem. 14. & l. ſeq. de jure dot.* & cur prædium dotale conſtitui minùs rectè dicatur, quod mulier inſtrumento dotali profitetur ſe in dotem dare, quàm uſufructus & jura prædiorum conſtitui dicuntur pactionibus & ſtipulationibus, *§. 1. infr. de uſufr. §. ult. inf. de ſervit. præd.* Sed & jus vendicandi marito competere poteſt nondum translato rei in dotē datæ dominio, ceſſione videlicet actionis, *arg. leg. ult. C. her. vend.* quam in ſpecie à Triphonino propoſita interveniſſe ſive actionē in ipſam rem datam omninò credibile eſt, cùm ipſam in dotem tradere, quam alter poſſidebat & tenebat, mulier non potuerit. Lex Julia vetat alienari vel uſucapi fundum dotalem. Hæc prohibitio legis Juliæ pertinet quidem maximè ad fundum jam traditum & marito acquiſitum: quippe qui propriè dotalis eſt, *d. l. dot. l. 13. §. 2. de fund. dot.* & dotalis cōſtituitur non qualiquali traditione, ſed ea, quæ & poſſeſſionem transferat, *leg. in fin. ſol. matrim.* Cæterum, ut Tryphoninus ſignificat, pertinet ea lex etiam ad fundum nondum traditum, ſed doti tantùm deſtinatum, aut inſtrumento promiſſum, translata actione ad dominium vendicandum: propterea credo, qnòd qui actionem ad rem vendicandam habet, propè abeſt ab eo, qui habet rem ipſam, *l. qui actionem de reg. jur.* Juvat hanc interpretationem locus ipſe, in quo cùm nulla fiat mentio traditionis, tum quòd maritus dicitur fundum à Titio petere debuiſſe; argumento eſt Titium ipſum fuiſſe & manſiſſe in poſſeſſione, nihilque marito ne corporaliter quidem traditum & tenendum datum. Planè ſufficit tradentem verè poſſidere, licèt alius in poſſeſſione ſit, hoc eſt, rem detineat: nam jus detentionis non impedire, quominùs ſimplici traditione poſſeſſio & per eam dominium transferatur, oſtendit *l. 14. & tot. tit. quæ in fraud. cred.* Nec obſtat, quod dicitur *in l. 2. §. 1. de act. empt.* vacuam poſſeſſionem emptori traditam non intelligi, ſi creditores bona poſſideant: hoc enim ad obligationem venditoris pertinet, quæ hoc

ca-

Digitized by Google

exigit, non tantùm ut res præſtetur vacua ab omni vero poſſeſſore, ſed etiam ab alio omni, qui jus aliud, vel detentionem habeat, cujuſmodi habent creditores, qui morante porro debitore etiam ſecundum decretum petere & impetrare poſſunt. Illud meminiſſe oportet, diſputare nos de acquirendo rerum dominio jure gentium: nam quin jure civili multis ex cauſis ſine poſſeſſione acquiratur, veluti aditione hæreditatis, agnitione bonorum poſſeſſionis, legati, fideicommiſſi, dubium non eſt. Utilitatis quoque cauſa jure ſingulari in quibuſdam cauſis receptum, ut cui poſſeſſio non acquiritur, aut acquiri non poteſt, ei ſimplici apprehenſione acquiratur dominium, eo qui tradit amittente poſſeſſionem, *vid. l. acquiruntur 10. §. 4. liber. 19. junct. l. homo 54. hoc tit. l. etiam invitis 32. eod. junct. l. peregre. 44. §. 1. de acq. poſſ. leg. 13. de donat. add. Cont. lib. 1. diſpunct. 8. Gotoman. illuſt. quæſt. 11. Bronch. 3. aſſ. 81.*

Voluntatem domini] Eſt enim ſuæ quiſque rei moderator & arbiter, *leg. in mandata 21. C. mand.*
4 Cæterum ut quis velle rem ſuam transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent; ut ſciat rem ſuam eſſe, quam transferre cogitat; ut juſtam cauſam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promiſit, &c. Illud, quia nemo, qui errans in dominio rei ſuæ, ſuam eſſe ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo eſt, ut eam trāsferat, *l. ſi procurator, 35. hoc tit. arg. l. 15. de juriſd.* Ajo, *in dominio rei ſuæ*: nam ſi quis non erret in re ſua non in ea, de qua transferenda agitur: ſed in re alia, puta in cauſa debendi: hic error alienationi non obſtat: & ideò indebiti per errorem ſoluti nulla vindicatio eſt, hoc, quia nemo rem ſuam alicui tradit transferendi gratia, niſi cauſam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli; *Nunquam nuda traditio transfert dominium, ſed ita ſi venditio aut alia juſta cauſa præceſſerit, propter quam traditio ſecuta ſit, l. nunquam 31. hoc tit.* Nec dicat quiſquam, id requiri ſuperfluè, cùm ſi nulla cauſa adſit, præſumi debeat donatio, *arg. l. Campanus 47. de oper. lib.* quoniam hoc tunc ſolùm locum habet, cum res conſulto data eſt, *l. cujus per errorem 53. de reg. jur.* Illud non refert, revera præceſſerit cauſa, an opinione tradentis, ut patet in ſolutione indebiti. Sed quæſtionis eſt, ſi ego ex una cauſa tibi tradam, tu ex alia accipias, an hæc in cauſis tradendi & accipiendi diſſenſio
5 impediat dominii translationem. Et ſiquidem in tradente nulla ſit cauſa dominii transferendi, vel in capiente nulla nanciſcendi; ut ſi ego deponam apud te pecuniam, tu quaſi mutuam aut donatam accipias; aut è converſo, ſi ego tibi dem pecuniam quaſi mutuam, tu quaſi commodatam accipias oſtentandi cauſa; certum eſt, dominium non transferri, *l. ſi ego 18. §. 1. de reb. cred.* Non enim hic concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus, *l. in omnibus 55. de obl. & act.* At ſi utrinque ſubeſſe exiſtimetur cauſa idonea, ex qua dominium transferatur; veluti ſi tibi dem fundum tanquam à me debitum ex teſtamento, tu quaſi ex ſtipulatu debitum accipias; vel ſi ego tibi tradam pecuniam donandi animo, tu accipias quaſi creditam, hic quia ex utraque cauſa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem eſſe: idque & Julianus generaliter probat, *l. cum in corpus 36. hoc tit.* Videtur autem à Juliano diſſentire Ulpianus in ſpecie poſteriore, cum pecuniam tibi dedi quaſi donaturus, tu quaſi mutuam accipis, *d. l. ſi ego 18. pr. de reb. cred.* Primùm negat hic eſſe donationem; ſed hoc etiam ex ſententia Juliani. Deinde ait, nec mutuam eſſe: nec hoc quidem negaverit Julianus, quia mutuo data non eſt. Sed quod addit poſtea, *magiſque nummos accipientis non fieri*, in eo dixeris eum diſſidere à Juliano, qui generaliter definit, diſſenſum in cauſis transferendi non obſtare translationi, cùm in corpus quod traditur, conſentimus, & hanc regulam etiam eodem exemplo declarat, *d. l. cum in corpus*, quod proponitur ob Ulpian. *d. leg. ſi ego de reb. cred.* D. Contius, 1. *diſp. 9.* & Bachov. *in Treut. diſput. de mutuo, theſ.* 4. negant hoc diſſidium componi poſſe: & ſanè ferri non poteſt, quod Alciatus *5. parerg. 15. Pac. 3. quæſt. 67. Gilb. Reg. 2. enant. ultim.* putant, diverſas eſſe horum locorum ſpecies pecuniam creditam apud Julianum interpretantes debitam, contra uſum verborum & manifeſtum ſenſum Juriſconſulti. Si qua eſt componendi ratio, ea eſt, quam affert *Connan. 3. comm. 7. & Don. 3. comm. 18. & ad d. l. ſi ego de reb. cred.* nimirum verba hæc Ulpiani, *magiſque nummos accipientis non fieri*, duplicem poſſe pati interpretationem: poſſe ſic accipi, ut nummi omninò non fiant accipientis: poſſe etiam ſic, ut non fiant perfectè, non irrevocabiliter, ex comparatione ſcil. acquiſitionis rei donatæ, *arg. l. aliud eſt capere 71. de verb. ſign. l. cum quis 38. §. 3. de ſolut.* fiant tamen eo effectu, ut etiamſi adhuc extent, vendicari nequeant, conſumpti nec efficaciter condici. Atque hoc poſteriore modo verba Ulpiani accipienda eſſe propter generalem Juliani definitionem. Et videtur aliquo modo ſuadere hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano ſubjecta *cum alia opinione acceperit*; quippe qui donatum ſibi tanquam mutuum accipit, non eo animo eſt, ut dominus non fiat, ſed ut non fiat ſimpliciter & ſine obligatione reſtituendi tantumdem, tanquam ex cauſa donationis. Fuſiùs hæc exequor *lib. 2. ſel. quæſt. c. 35.*

Cujuſcumque generis ſit] Modò ne talis, cujus alienatio prohibita, ut fundi dotalis: aut ne cauſa, ex qua traditur, jure improbata, ut donatio inter virum & uxorem. Ait autem, *cujuſcumque generis*, ut ſignificet, non ſolas nunc res nec mancipi, ut olim, ſimplici traditione & nudo naturali actu pleno jure transferri: ſed etiam res mancipi: cujuſmodi erant prædia & prædiorum jura in Italico ſolo; ſervi & quadrupedes, quæ dorſo collove domantur, & olim non abalienabantur ex jure Quiritum ſine actu civili, ſine nexus aut ceſſionis in jure ſolemnitate, *vid.*

Vl.

Ulpian. tit. 19. in fragm. Ravard. ad leg. 12. tab. cap. 16.

Corporales res] Nam res incorporales propriè
traditionem non recipiunt, *l. 3. §. ſi iter. de act.
empt. l. ſervus 43. §. 1. hoc tit.* uti nec poſſeſſio-
nem, *l. 4. §. ſi viam 27. de uſurp. & uſuc.* ſed eſt in
his, quod vice traditionis fungatur patientia do-
mini, & vice apprehenſionis poſſeſſioniſque ſit
uſus illius, cui dominus hujuſmodi jus quæſitum
vult, *l. ult. de ſerv. l. 3. in pr. de uſufr. d. l. 3. §. ſi
iter. de act. emp. l. 2. §. ult. de prec.*

A domino] Qui ſcilicet liberam rerum ſua-
rum adminiſtrationem habeat. Nihil autem in-
tereſt, utrùm ipſe dominus rem ſuam alicui
transferendi cauſa tradat, an voluntate ejus
alius, procurator puta aut creditor, *§. nihil
autem inf. eod. §. 1. inf. quib. al. lic.* aut etiam alii,
qui jure pro dominis habentur, ut tutores & cu-
ratores, *l. bonæ fidei 109. de verb. ſign. l. non omni
16. & l. lex. 22. C. de adm. tut.*

6 *Tradita alienatur*] Non minùs videlicet pleno
jure, quàm ſi mancipata aut in jure ceſſa eſſet,
ſublato antiquo diſcrimine dominii, *l. un. C. de
nud. jur. Quir. toll.* Etenim duo antiquitùs fuere
dominorum genera: naturale unum, quod in bo-
nis; alterum civile ſive legitimum, quod ex jure
Quiritium appellabatur, & vel nudum erat, vel
plenum. Si verbi cauſa, civis Romanus à cive
Romano ſervum emiſſet, iſque ei traditus eſſet,
neque tamen mancipatus aut ceſſus in jure, an-
nove ab eo poſſeſſus, is ſervus in bonis quidem
emptoris erat; ex jure verò Quiritium non erat;
ſed eo jure manebat venditoris, quamdiu man-
cipatus, in jure ceſſus, aut uſucaptus non eſſet.
Jus hoc Quiritium ſibi aſſerebat, qui vindicabat
hac vulgata formula; *Hunc ego hominem ex jure
Quiritium meum eſſe aio, l. 1. de rei vend.* Hinc &
illa judicis dari formula apud *Cic. 4. in Verr. Si
paret ſundum Capenatem, quo de agitur, ex jure
Quiritium P. Servilii eſſe*: vide ſis *Theoph. tit. de
libert. Ulp. d. tit. 19. Briſſon. 4. antiq. 22. Ravard.
d. cap. 16.* Erat autem ejus, qui in bonis habebat,
cauſa potior, quàm domini ex jure Quiritiarii:
nam ſi ſervus alterius in bonis, alterius ex jure
Quiritium eſſet, ex omnibus cauſis acquirebat
ei, cujus in bonis erat, *Ulp. d. tit. 19. §. pen.*
Qua de cauſa Juſtinianus nudum hoc & inane
Quiritium jus ſuſtulit, *d. l. un. C. de nud. jur.
Quir. toll.*

Tributaria prædia eodem modo alienantur] Di-
xit, res omnes, cujuſcumque generis ſint, tradi-
tione alienari, hoc eſt, ut omnes exponunt, non
minùs res mancipi, quàm nec mancipi. Hinc in-
fert etiam, eodem modo alienari prædia provin-
cialia. Atqui hæc prædia fuere res nec mancipi:
res autem nec mancipi etiam veteri jure nuda
traditione abalienabantur. *Ulp. d. tit. §. 6.* Unde
videtur ex contrario ſic inferendum fuiſſe; *Itaque
Italica quoque prædia eodem modo alienantur.* Ve-
rum aliò reſpicere Imperatorem, ex ſequentibus
apparet, ad exæquationem videlicet juris præ-
diorum provincialium & Italicorum, cujus ipſe
primus auctor eſt, *l. un. C. de uſufr.* Olim agri &
prędia in provinciis non erant pleno jure poſſeſ- 7
ſorum, ſed uſu & fructu dumtaxat: ſummo autem
jure propria erant populi Romani: quippe quæ
prædia cùm primùm jure belli unà cum poſſeſſo-
ribus in jus & ditionē populi victoris veniſſent,
hoc eſt, publica facta eſſent populi Romani, ſæpè
provincialibus ſeù veteribus dominis denuò utē-
da & fruenda cōcedebantur, impoſito annuo ve-
ctigali aut tributo in argumentum retentæ pro-
prietatis aut ſummi juris. Unde eſt quòd prædia
iſta à poſſeſſoribus mancipio dari non poterant,
nec ab alio uſucapi, ſed longi dumtaxat tēporis
poſſeſſione illud, quod dixi, jus in iis acquiri: de
quo uberiùs *tit. 6.* Poterat & nuda traditione jus
idem in quoſvis alios transferri, ſalva ſcilicet
ſemper manente proprietate populo aut Princi-
pi. Igitur quod de hiſce prædiis ait, eodem illa
modo alienari, ſic accipiendum eſt, alienari plenè
& perfectè, ſimpliciterque traditione transferri
in accipientem verum & juſtum dominium, idē
nimirum, quod nunc quiſque dominus in re ſua
qualibet habet, ſublata rerum & dominiorum
diſtinctione, *d. l. un. C. de nud. jur. Quir. toll. d. l. un.
C. de uſuc. transf.* Atque hinc patet, conſtitutione
Antonini, qui provincialibus omnibus jus civi-
tatis dedit, *l. in orbe de ſtat. hom.* effectum non eſſe,
ut ſolum provinciale ejuſdem juris eſſet cum ſo-
lo Italico. Primus enim Juſtinianus differentiam
ſuſtulit, voluitque eodem jure prædia omnia cen-
ſeri, *d. l. un. C. de uſuc. transf. & hoc text.* Obiter
addo jus illud vetus provincialium poſſeſſorum
non fuiſſe jus perſonale, quale eſt uſusfructus:
ſed reale & proximum dominio, cujuſmodi eſt
emphyteuticum, & quod vulgò appellatur do-
minium utile. Nam & poſſeſſiones ſuas hæredi-
bus relinquere, & cuivis extraneo in jure cedere,
Ulp. d. tit. 19. §. 8. Theoph. hic, & ſervitutem his im-
ponere poterant, *l. 3. C. de ſerv.*

*Sunt autem ſtipendiaria & tributaria prædia,
quæ in provinciis*] Nemo hinc colligat, prædia
omnia quæ in provinciis erant, vectigalia fuiſſe.
Certum enim eſt, multas civitates beneficio po-
puli aut Principum jus habuiſſe Latii ſive Italiæ,
& ſine eo jure colonias nonnullas provinciales
& civitates immunes fuiſſe. *l. 1. l. pen. l. ult. de cen-
ſib. Cic. 1. in Verr. Plin. l. 3. nat. hiſt. c. 3. & 11.* Sed
hic ſenſus eſt, prædia quæ in provinciis ſunt, quæ
ſtipendium aut tributum pendunt, ſtipendiaria
dici & tributaria, uti poſſeſſores eorum dicuntur
ſtipendiarii & tributarii. Tributum, ſi Theophi-
lo credimus, inferebatur Principi, ſtipendium po-
pulo. Hinc provinciæ Cæſaris tributariæ, popu-
li ſtipendiariæ. De quo tamen dubito, magiſque
puto verba iſta dici *συνωνύμως*. Nam conſtat, Prin-
cipes ſenſim ſibi provincias omnes ſepoſuiſſe, ne-
que diu ratā manſiſſe partitionem illam provin- 8
ciarum, quam cum populo Auguſtum feciſſe re-
fert *Suet. c. 7.* Certè tempore Juſtiniani, ut fiſci
& ærarii, ita & ſtipendii & tributi nulla fuit dif-
ferentia. In libris π. aliquando ſeparantur, ut in
l. 7. §. 2. de uſufr. l. neque, de imp. in res dot.

l. au-

Digitized by Google

l. auſertur 46. §. qui compenſationem de jur. fiſc. Sed tamen συνώνυμα eſſe ex auctoritate Pomponii refert Ulpian. *leg. ſi ager. 27. §. de verb. ſign. Stipendium*, inquit, *à Stipe appellatum eſt, quòd per ſtipes, id eſt, modica æra, colligatur. Idem hoc etiam tributum appellari Pomponius ait. Et ſanè*, inquit, *appellatur à contributione tributum, vel ex eo, quòd militibus tribuatur*, ita & Feſtus in voce *Tributum*. Varro autem *l. 4. de ling.* ſic dictum ſcribit, quòd *tributum à ſingulis pro portione cenſus exigebatur*. Neque ſolùm initio, ut ex Cic. Cæſ. Liv. Plin. Gellio diſcimus, ſtipendium & tributum promiſcuè appellata eſt ea pecunia, quæ populo imperabatur & colligebatur in publicum, ut ex ea miles ſuſtentaretur: ſed etiam apud poſteriores, Sveton. Europ. Sextum Ruffum, promiſcuum eorumdem verborum uſum reperias, ut obſervavit *D. Cujac. 7. obſ. 3.* In eo ſanè aliqua differentia eſt, quòd plerumque ſtipendium, non tributum, appellamus æs, quod ex tributo militibus ſolvitur: unde ſtipendia facere &c. Petilius Cerealis apud *Tacit. libr. 4. hiſt. Neque quies*, inquit, *gentium ſine armis, neque arma ſine ſtipendiis, neque ſtipendia ſine tributis haberi queunt*. Verùm hoc ad præſentem diſputationem non pertinet. Illud verum eſſe oſtendit antiquitas, quod D. Hotomannus hìc notat, provincialium alios vectigales fuiſſe, alios ſtipendiarios ſive tributarios. Vectigales, qui incertum vectigal ſolvebant, ut decimam partem frugum; unde Decumani dicti, & eorum ager decumanus, de quibus multa Cicero 3. *in Verr.* Stipendiarios, qui certum vectigal in pecunia vel
9 etiam in frumento pendebant. Quod, tributum ſeu ſtipendium, & teſte Cicerone 5. *in Verr.* ſtipendiarium dicebatur. Quamquam vectigalis appellatio latiùs patuit, eaſque etiam pecunias comprehendit, quæ vel portorii, vel ſcripturæ, vel ſalis, aut viceſimæ nomine exigebantur, de quo in preſentia non quæritur, *l. ult. §. ſpecies 8. de publican.* conſule *Sigon. 1. de jur. civ. Rom. 17. Freig. in lib. 3. Cic. in Verr. Ged. ad l. inter publica 17. §. 1. & l. ſi ager. 27. de verb. ſign.*

TEXTUS.

2. Limitatio.

41. *Venditæ verò res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm ſi is venditori pretium ſolverit, vel alio modo ei ſatisfecerit, veluti expromiſſore aut pignore dato: quod quamquam cavetur lege duodecim tabularum, tamen rectè dicitur & jure gentium, id eſt, jure naturali id effici. Sed ſi is qui vendidit, fidem emptoris ſequutus fuerit, dicendum eſt, ſtatim rem emptoris fieri.*

NOTÆ

41. *Expromiſſore aut pignore*] *l. 19. l. 53. D. de cont. empt. l. 5. §. pen. D. de trib. act.* nomine expromiſſoris etiam fidejuſſor hic intelligi videtur, *d. l. 53. ut & in l. 4. §. 3. D. de re jud.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur ex cæteris cauſis dominium traditione ſtatim transeat, ex cauſa emptionis non aliter quam ſi pretium ſolutum ſit, &c.*
2 *Satisfacere & ſolvere, item fidejubere & expromittere, quomodo differant.*
3 *An præſumatur venditor fidem emptoris ſecutus ex eo quòd ſimpliciter rem tradiderit.*
4 *Ad tranſlationem rerum immobilium quæ jure civili Batavorum deſiderantur.*

QUod hic traditur, proprium eſt emptionis. Ex alia cauſa ſi quis rem ſuam ſciens tradiderit, ſtatim eam facit accipientis, neque ampliùs quicquam ad tranſlationem dominii requirimus: in emptione verò & tertium exigitur, ut pretium ſolutum ſit, aut neceſſitas ejus ſolvendi in præſentia remiſſa. Cur verò tam va- 1
riè? nimirum quia in cæteris qui rem ſuam ſcientes ex juſta cauſa tradunt, veluti ex cauſa donationis, dotis, legati, &c. voluntas transferendi manifeſta eſt: in venditore non eſt, ſi nihil ampliùs de voluntate ejus conſtet: quippe qui ex communi hominum ſenſu hac lege & conditione potiùs rem, quam vendidit & tradidit, transferre voluiſſe cenſeri debeat, ſi pecunia ſibi ſoluta ſit, (hanc enim ſpectat, & protinus ſibi numerari velle videtur, qui rem vendit) quàm animum habuiſſe rem ſuam purè & ſimpliciter in emptorem transferendi. Conſtat autem, ejus quod ſub conditione datur aut traditur, dominium in accipientem non ſtatim tranſire, *l. 8. de reb. cred.*

Vel alio modo ei ſatisfecerit] Traditur hoc idem *l. quod vendidi 19. de cont. empt. l. 5. §. pen. de trib. act. fac. l. ut res 53. de cont. emp.* Satisfaciendi
verbum generalius eſt, quàm ſolvendi. Qui ſol- 2
vit, utique & ſatisfacit: at non omnis ſatisfactio ſolutio eſt. Satisfacit & qui non liberatur, veluti ſi qui fidejuſſorem vel pignora det: ſolutione verò obligatio tollitur. Ait, *ei ſatisfecerit*, nimirum venditori volenti, & fidejuſſorem vel pignus loco ſolutionis accipienti: neque enim cogitur creditor admittere ſatisfactionem vice ſolutionis, *leg. 6. §. 1. quib. mod. pig. l. 10. de pign. act.* non magis quàm ſolutionem alius rei, quàm debetur, *leg. 2. §. 2. de reb. cred. l. 16. & ſeq. C. de ſolut.*

Expromiſſore] Hoc nomine etiam fidejuſſor hic intelligi videtur, ut in *l. 4. §. 3. de re jud.* Certum enim eſt, tam fidejuſſore, quàm expromiſſore dato, rem emptoris fieri, *d. l. ut res 53. de cont. empt.* Enim verò cum propriè loquuntur Juriſconſulti, fidejuſſorem, quem alio nomine adpromiſſorem vocant, *l. ſi verò 46. §. 4. ſol. matr. l. in*

omnibus 43. de ſolut. ſeparant ab expromiſſore, ut *in d.l.53. de cont. empt. l. qui libertinus 37. §. ult. de op. libert.* Expromiſſor is propriè dicitur, qui alienam obligationem novandi animo in ſe ſuſcepit, *leg. ult. de ſen. Mac. d. l. qui libertinus 37. §.4. de op. lib.* & ſimpliciter reus appellatur, *l. 7. §. ſervus 8. de dol. mal. l. ſi vero 64. §. 4. ſol. matr.* nempe quia promiſſor debitorem liberat, & vice ejus ſe ſolum debitorem conſtituit. Fidejuſſione autem nulla fit novatio aut primi debitoris liberatio: ſed fidejuſſoris obligatio, ut pignus, acceſſio eſt principalis obligationis, *§. fidejuſſores 5. inf. de fidejuſſ. l. in omnibus 43. de ſolut.*

Quamquam cavetur lege 12. tab.] Pleraque lege 12. tabularum cauta ſunt, rationem civilem habent, formulaſque & ſolemnia ſpectant, ut liquet ex fragmentis, quæ à viris doctis collecta in manibus ſtudioſorum verſantur: non tamen omnia. Nam quod placet rem venditam non aliter emptoris fieri, quàm ſi pretium venditori ſolutum ſit, aut ſatis eo nomine factum, id jure & ratione naturali, ea quam dixi, efficitur: & tamen idipſum quoque lege duodecim tab. cautum. Non rectè igitur ſic collegeris; Id cautum eſt lege civili; ergo eſt juris merè poſitivi; aut, ergo id non efficitur jure gentium ſive naturali.

Fidem emptoris ſecutus fuerit] Id eſt, fidem emptori de pretio habuerit ſine ulla ſatisfactione, *d. l. 19. de cont. empt.* ἐπειδὴ [illegible] ἢ τῇ ἰδίᾳ ὁμολογίᾳ αὐτοῦ, quod ex circumſtantiis æſtimandum; veluti ſi dies ſolutioni dicta ſit, *leg. 3. Cod. de pact. int. empt. & vend.* aut ſi, cùm emptor pecuniam ad manum non haberet, venditor dixerit, I, licet: nunc non requiro; poſtea dabis. Planè ſi nulla mentio facta ſit de pretio poſtea ſolvendo, ex eo ſolo quòd venditor rem tradidit, cenſeri non debet fidem emptori habuiſſe, ut hic locus & *d.l.19.* apertiſſimè oſtendunt. Adeòque regula illa, quam hic ex communi opinione Schneid. tradit; *In dubio qui rem venditam ſimpliciter emptori tradit, ſequi videtur fidem emptoris, niſi contrarium appareat*: convertenda eſt, & ſic concipienda; *In dubio qui rem emptori tradit, non videtur ſequi fidem emptoris, niſi emptor contrarium doceat.* Atque ita communiter DC. ſuo tempore tenuiſſe refert Io. Fab. & probant Wveſemb. & Bachov. Jure civili Batavorum ad translationem ſive alienationem prædiorum, cenſuum, decimarum, aliarumque rerum immobilium non ſufficit ea privatim tradita eſſe, licèt à domino, qui plenam rerum ſuarum adminiſtrationem habet: ſed neceſſe eſt, ut earum rerum traditio fiat publicè & coram judice ejus loci, in quo ſitæ ſunt: privatim aut apud alium judicem facta nullius momenti habetur, exceptis bonis feudalibus, quorum traditio facienda coram domino feudi ejuſve vicario & paribus curiæ. Hoc enim cùm antea quibuſdam dumtaxat in locis ex conſuetudine obſervaretur, generali lege ſancitum eſt à Carolo Quinto anno 1529. Ab Ordinibus additum, ut hujuſmodi traditiones actis inſinuarentur, hoc eſt, referrentur in litteras publicas, & ſi ex cauſa venditionis aut permutationis fierent, quadrageſima pretii aut juſtæ rei æſtimationis in uſum publicum fiſco poneretur, *fac. art. 37. Ord. pol. D. Grot. lib. 2. man. cap. 5. & ibi Groenem.*

Textus.

3. Ampliatio.

42. *Nihil autem intereſt, utrùm ipſe dominus tradat alicui rem ſuam, aut voluntate ejus alius, cui ejus rei poſſeſſio permiſſa ſit. Qua ratione ſi cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio permiſſa fuerit à domino, iſque ex iis negotiis rem vendiderit, & tradiderit, facit eam accipientis.*

Notæ.

42. *Utrùm ipſe dominus*] Nam quod quis per alium facit, dum ei mandat, ut faciat, id ipſe facere videtur, *l. 5. §. 3. adm. tut.*

Cui ejus rei poſſeſſio] Hæc deſunt apud Th. & Cajum, *l. 9. §. 4. h. t.* unde hic §. deſcriptus, & omiſſa ſunt à Cujac.

Libera adminiſtratio] Idem eſt, ſi cui ſimpliciter rerum omnium adminiſtratio commiſſa: nam & hæc adminiſtratio utique libera, Vaud. 1. q. 47. Don. 4. com. 15.

Commentarius.

1 *Diſtinctio, quæ vulgò fit inter procuratorem, cui ſimpliciter rerum omnium adminiſtratio commiſſa eſt, & procuratorem cum libera, ut loquuntur, latè improbatur.*

Cum ad dominium traditione transferendum neceſſe ſit, ut dictum eſt, ut res tradatur à domino, hoc nunc ex Gajo *leg. 9. § nihil autem hoc tit.* declarat Imp. atque ſic eſſe accipiendum ait, ut nihil interſit, utrùm dominus ipſe per ſe rem alicui tradat, an alius voluntate ejus: quippe quod quis per alium facit, dum ei mandat aut jubet, ut faciat, id idipſum eum facere videri. *leg. 5. §. 3. de adm. tut. l. 1. §. dejeciſſe de vi & de vi arm.*

Cui ejus rei poſſeſſio permiſſa eſt] Hotom. reſtituit, *cui ejus rei poteſtas permiſſa eſt*, quod quidem ſenſum habet commodiorem: ſed tota hæc adjectio abeſt à Gajo, & paraphraſt. Græco. Unde ſuſpicor, gloſſema eſſe, quod in textum repſavit: ob eamque cauſam etiam à Cujacio hoc omiſſum.

Si cui libera univerſorum bonorum] Si nominatim alicui mandatum ſit, ut rem tradat, nemo ambigit, quin ſi mandato perſeverante id faciat, dominium ejus rei transferatur in accipientem, *l.*

ſolu-

ſolutum 11. *§. ult. de pign. act. l. reſtituta* 37. *in fin. pr. ad ſen. Treb. l. fundi* 33. *de acq. poſſ.* nec ullà hic exceptio eſt: quoniam in ſpeciali mandato non poteſt dubitari de voluntate domini. An autem
11 & mandati generalis hæc vis ſit, ut procurator, cui univerſorum bonorum adminiſtratio permiſſa eſt, poſſit rem ad adminiſtrationem ſuam pertinentem ſine exceptione alienare, aut in alium transferre, quæri ſolet. DD. comm. duo genera ejuſmodi procuratorum faciunt: unum eorum, quibus ſimpliciter rerum omnium adminiſtratio commiſſa eſt: alterum, quibus commiſſa eſt libera, nominatim ſc. hoc adjecto; & procuratorem cum libera (ſic loquuntur) etiam jus rem alienandi habere cōtendunt, modò ne id fiat animo donandi: eum autem, cui ſimpliciter adminiſtratio mandata eſt, nihil alienare poſſe, præter fructus aut res alias, quæ facilè corrumpi poſſunt. Verùm hæc diſtinctio, ut commentitia & veteribus incognita, à *Duar. ad leg.* 1. *§. per procuratorem* 20. *de acq. poſſ. Don.* 4. *comm.* 15. *Vaud.* 1. *quæſt.* 47. & aliis nonnullis doctis viris reiicitur. Et verò ſi ex mandato æſtimandum, quid cuique liceat in re aliena, dicendum omninò videtur, parem eſſe debere horum procuratorum poteſtatem; nec quod alteri non licet, id alteri in re dominica licere. Quid enim intereſt, ſimpliciter alicui bonorum univerſorum adminiſtratio mandata ſit, an mandata adjecto verbo, libera? Non magis hæc differunt, quàm hæres ſimpliciter inſtitutus, & inſtitutus ex aſſe. Adminiſtratio quantumvis ſimpliciter tradita, nihilominùs libera tradita intelligitur: quippe quam liberè exercere liceat in rebus omnibus, nec minùs liberè, quàm ſi ſpecialiter de ſingulis mandatum eſſet, excepto ſi quid generali cujuſmodicumque mandato non continetur: qualia ſunt, donatio, *leg.* 7. *de donat.* manumiſſio, *leg. ſervus* 13. *de manumiſſ.* rei dominicæ pro alio obligatio, *leg.* 1. *§.* 1. *quæ res pign. dat.* liberatio pignoris aut hypothecæ, *leg.* 7. *§.* 1. *quib. mod. pign. ſolu.* item quævis alia juris domini remiſſio, *leg. mandato* 6. *de procur. l. præſes. C. de tranſact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio adminiſtrationis, *leg. procurator tutorum* 63. *de procur. junct. leg.* 12. *& ult. de cur. fur. leg. procuratorem* 16. *Cod. de proc. l.* 1. *§.* 1. *de off. proc. Cæſ.* Hinc cui ſimpliciter rerum gerendarum provincia demandata eſt, rem domini in judicium deducit, *leg.* 12. *de pact.* quod illis tantùm licet, qui domini loco habentur, *leg. tutor.* 25. *& leg.* 27. *de adm. tut.* poteſt exigere & accipere, *leg.* 12. *de pact. l. qui hominem* 34. *§.* 3. *de ſolut.* creditoribus ſolvere, *leg. quolibet* 87. *eod. tit.* novare; *l.* 20. *§.* 1. *de novat.* poteſt tranſigere, paciſci, jusjurandum deferre, *d. l. præſes, C. de tranſact. d. l.* 12. *de pact. l. jusjurandum* 17. *§. ult. de jurejur.* modò ea faciat in re dubia & probationibus deficientibus, *arg. leg. tutor.* 35. *d. tit. de jurejur.* poteſt rem domini pignori dare, ſi mandatum accepit ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuas pecunias accipere, *leg.* 12. *de pign. act.* poteſt vendere ea, quæ ſervando ſervari non poſſunt, *leg. procurator.* 63. *de procur.* & quatenus negotiorum exigit adminiſtratio, etiam alia quædam ob magnam utilitatem alienare, *ar. l.* 12. *& l. ult. de jur. fur.* Non debet plus licere ei, cui libera adminiſtratio permiſſa eſt: ut enim maximè libera ſit, adminiſtratio tamen eſt, nihil amplius. Quod igitur de hujuſmodi procuratore traditur, poſſe eum aliud pro alio permutare, *l. procurator.* 58. *de proc.* hoc & in ſuperiore verum eſt: in utroque autem ſic accipiendum, ſi conditio & ratio adminiſtrationis id flagitet: eodemque modo etiam accipi debet, quod hoc loco & apud Gajum, *d. l.* 9. *§* 4. *eod.* relatum eſt, procuratorem cum libera rem ex negotiis ſibi commiſſis vendendo & tradendo facere accipientis. Planè poteſt mandatum ita concipi, ut poſt generalem clauſulam quædam etiam ſpecialiter exprimantur, quæ alioqui aut non conceſſa, aut non tam plenè conceſſa intelliguntur, ut in ſpecie, *leg. creditor.* 60. *§. Lucius mand.* Argumentum quod ab adminiſtratione peculii ſumptum ad diſtinctionem ſuam probandam DD. afferunt, nullum eſt, & diſtinctio adminiſtrationis peculii in ſimplicem & liberam ex *leg.* 1. 10. *Cod. quod cum eo qui in al. pot.* ipſa quoque ſuſpecta, confer *leg. ſi convenerit.* 18. *§. ult. de pign. act. leg. ſi quis* 41. *§. ult. de rei vend. l. pen.* 8. 3. *de div. & temp. præſc. l.* 13. *in fin. de cond. ind. l. libera.* 48. *pr. & §.* 1. *de pecul. l. ult. de novat. l. contra* 28. *§.* 2. *de pact. l.* 8. *§. an paciſci* 5. *quib. mod. pign.* Atque hoc etiam Vaudus animadvertit *d. loc.* qui etiam contendit, plus licere filiofam. aut ſervo liberam peculii adminiſtrationem habentibus, in adminiſtratione rei peculiaris, quàm procuratori univerſorum bonorum in rebus mandatis: propterea quòd peculium eſt quaſi proprium patrimonium ſervi filiive familias, à ſubſtantia & rationibus domini patriſve ſeparatum atque abſtractum, *leg.* 5. *l. peculium* 29. *de pecul.* quod longè diverſum ſit in procuratore. Adhæc unam eamdemque ſervi & domini, unam patris & filii perſonam videri, *leg.* 10. *de op. leg. l. ult. in fin. Cod. de impub. ſub. §.* 4. *& §. poſt mortem* 12. *inſ. de inut. ſtip.* Utcumque ſit, certè alienationem ut donent, aut jus aliquando gratuitò remittant, vi generalis mandati non habent, *l.* 3. *§. ſi ſervum* 8. *de don. int. vir & uxor. l.* 1. *§. quæ res pign. dat. l.* 7. *de donat. l.* 3. *§.* 2. *verſ. ſi filius fam. de Sen. mac. l. contra juris* 28. *§.* 2. *de pact.*

Textus.

De quaſi traditione. Si traditio ex alia cauſa præceſſerit.

43. *Interdum etiam ſine traditione nuda voluntas domini ſufficit ad rem transferendam veluti ſi rem, quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud te depoſuerit, poſtea aut vendiderit tibi, aut dona-*

verit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea cauſa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipſo, quòd patitur tuam eſſe, ſtatim tibi acquiritur proprietas, perindè ac ſi eo nomine tibi tradita fuiſſet.

NOTÆ.

43. *Interdum etiam*] Ex Cajo *leg.9. §.5.h.t.*

Nuda voluntas] Non quæ præter conſenſum nihil habet: ſed nuda à vera & naturali traditione, quæ cauſam transferendi ſequitur. Nam quæ nuda eſt ab omni non tantùm reali, ſed etiam ficta & ſymbolica traditione, dominium transferre non poteſt.

Perinde ac ſi eo nomine] Fictione ſcil. brevis manus, ut una actio hic occultetur, *leg. 3. §. pen. D. de don. int. vir. & ux.* Fingitur res ex priore cauſa reſtituta, & ex poſteriore denuò tradita.

COMMENTARIUS.

DIctum eſt in explicatione §. *per traditionem ſup. eod.* dominia rerum transferri non nudis pactis, ſed traditione. Nihil autem intereſſe, an verè traditio fiat & naturaliter, an fictè & per repræſentationem. Fictæ traditionis uſus in rebus incorporalibus neceſſarius eſt; utpote quę natura traditionem non recipiunt, *l. ſervus 43. §. 1. hoc tit.* pro traditione autem in his, eſt utendi conceſſio, *l. ult. de ſerv. l. 3. de uſufr.* in aliis rebus propter commoditatem recepta, quò expeditior eſſet ratio commerciorum: & in his rebus fingitur traditio intervenire, ſi ea vel nota ſive ſymbolo aut alia re quapiam repræſentetur, vel res geratur brevi manu. De ea, quæ ſymbolo fit, dicetur §. proximo. Fictione brevis manus traditio fit, cum vel rem meam, quæ apud te ſit ex alia cauſa, tibi vendo aut dono: ad quam ſpeciem pertinent exempla hoc §. propoſita ex Gajo *l. 9. §. interdum eod.* vel cùm eum, qui mihi dare volebat, aut debebat, juſſero tibi dare, *l. 3. §. pen. & ult. de don. int. vir. & ux.*

Nuda voluntas] Non quæ planè & per ſe nuda ſit, aut præter conſenſum nihil habeat, quemadmodum cum dicimus, ex pacto nudo actionem non naſci, nudum intelligimus, quod ſimpliciter nudum eſt, hoc eſt, tale, quod præter conventionem nihil cauſæ habeat ad obligandum eum, qui pactus eſt, *l. 7. §. 4. de pact. l. 10. C. eod.* Nam cùm ne actio quidem ex hoc genere pacti competat ad dominium adipiſcendum, pluſquam manifeſtum eſt, dominium ex eo transferri non poſſe. Non etiam quæ nuda ſit ab omni traditione: quomodo nuda pacta accipimus, cum traditionibus in genere opponuntur, *l. traditionibus C. de pact.* & pignus nuda conventione contrahi dicitur, qua convenit, ut res pignori ſit ſine ulla traditione, *l. 1. de pign. act.* Sed nuda ex comparatione ejus rei, cui hoc loco opponitur, id eſt, nuda à vera & naturali traditione, quæ cauſam transferendi ſequatur. Nam ſi nuda ſit ab omni non tantùm reali, ſed etiam ficta & ſymbolica traditione, ſola voluntas dominium transferre non poteſt. Eodem ſenſu quarumdam rerum poſſeſſio animo apprehendi dicitur, *l. antep. de acq. poſſ.* nimirum oppoſitivè ad actualem & naturalem apprehenſionem.

Commodaverit, locaverit, aut apud te depoſuerit] Vel etiam pignori tibi dederit, *leg. 9. §. de publ. in rem act.* Nec videberis cauſam poſſeſſionis tibi mutare, qui ne poſſidebas quidem, *l. 3. §. ſed ſi 20. de acq. poſſ.* Sed & ſi rem meam poſſideas, & eam tibi vendam, aut tibi habere jubeam, fiet tua, quamvis poſſeſſio apud me non fuerit, *l. ſi ſervus 21. §. 1. hoc tit. l. 10. de donat. l. ſi rem 62. de evict.* Ad hoc genus fictę traditionis etiam pertinet ſpecies, *l. 3. §. pen. & ult. de don. int. vir. & ux.* ſi id quod alius mihi dare volebat, juſſerim Titio dari: quamvis fictio nonnihil diſſimilis, & inter tres perſonas.

Perindè ac ſi eo nomine tibi tradita eſſet] Apparet, hic actum aliquem adſciſci ſive fingi, qui pro traditione ſit; cùm cauſam transferendi nulla ſequatur traditio ſecundùm ordinem naturæ: & ideò in propoſito dicitur res pro tradita haberi, *d. l. ſi rem de evict. & hoc* §. dominium transferri nuda voluntate. Fictio ſive cogitatio talis eſt: creditur res tibi commodata aut apud te depoſita, domino, qui eam poſtea tibi vendidit aut donavit, reſtituta, atque ab eo mox ex ea cauſa tibi tradita. Quod à Conſultis ideò excogitatum eſt, quia hoc modo celeriùs & ſine inutili circuitu ad finem propoſitum perveniatur, *d. l. 3. §. pen. de don. int. vir. & ux.* Unde in ſimili, ſi debitorem meum juſſerim tibi dare, fingitur brevi manu acceptum à me, & tibi datum, ut una actio hic occultetur, *d. l. 3. §. pen. & ult. l. licet 33. §. 1. de jur. dot.* Eadem fictio intervenit & in iis, quæ ſingulariter circa pecuniam creditam recepta eſſe ſcribit Ulp. *l. ſingularia 15. de reb. cred.* ſive res geratur inter tres perſonas, veluti ſi Titium pecuniam, quā mihi debebat, juſſerim Sejo mutuo dare: ſive inter duas, puta ſi convenerit, ut pecuniam, quam tu mihi ex mandati cauſa debes, crediti nomine retineas. In utraque enim hac ſpecie fingitur mihi data pecunia, & à me ad te aut ad Sejum profecta: quamquam Africanus ſtricti juris retinentior fictionem iſtam non videatur admittere in ſpecie poſteriore, *vid. l. qui negotia 34. mand.* ejuſque interpretem Cuja. 8. *ad African.* Sunt tamen qui putāt, abſentiam debitoris impedire fictionem brevis manus, quaſi factum fingi non poſſit jure, niſi & per rerum naturam fieri potuerit, *per l. falſus 43. §. 2. de furt.* & ideò Ulp. ſententiam admittendam cenſent, ſi debitor præſens ſit & paratus pecuniam numerare: Africani, in debitore abſente, aut qui pecuniam ad manum non habeat: quippe disertè Africanum loqui de eo, qui epiſtolam miſit ad creditorem, ac proindè de eo, qui abſit. *D. Don. in d. l. ſingularia de reb. cred. num. 22. & ſeqq.* Utut ſit, hoc jure non utimur, ut abſentia hujuſmodi fictiones non impediat. Plura diximus *lib. 1. ſelect. quæſt. c. 40.*

TEX-

Textus.

De traditione clavium.

44. *Item ſi quis merces in horreo depoſitas vendiderit, ſimul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

Notæ.

44. *Claves horrei*] Species fictæ traditionis, quæ ſymbolo veram repræſentat; ex *leg. 9. §. 6. h. t. l. 77. D. de contr. empt.* Aliæ occurrunt in *l. 1. Cod. de don. l. 14. §. 1. D. de per. & com. rei vend. l. pen. D. de acq. poſſ.*

Tradiderit emptori] Apud horreum, *dict. l. 77.* in re præſenti, *l. 1. §. penul. D. de acquir. poſſeſſ.*

Commentarius.

HOc §. agitur de eo genere fictæ traditionis, quæ nota aliqua aut ſymbolo veram repræſentat; cujus una ſpecies proponitur, ſi mercibus certo loco concluſis, quas dominus mihi traditas velit, claves ejus loci mihi tradantur, *ex dict. l. qua ratione §. item ſi hoc tit.* Sunt autem hujus generis & aliæ ſpecies, veluti traditio inſtrumenti, quo tradito res ipſa, de qua alienanda in eo agitur, tradita & tranſlata intelligitur, *l. 1. Cod. de don.* Trabium & tignorum obſignatio pro eorum traditione valet *leg. quod ſi 14. §. 1. de per. & comm. rei vend.* Item cuſtodis appoſitio, ſi res non facilè loco moveri poſſint propter magnitudinem ponderis, *l. pen. de acquir. poſſeſſ.* Poteſt & ſine nota actus aliquis traditionem repræſentare: nam ſi in re præſenti, & aperta dominus eam ſe mihi tradere dicat, ego ſim hoc animo, ut velim poſſidere, hic placuit me poſſeſſionem nanciſci oculis, & affectu, perindèque hoc haberi, ac ſi pedem finibus intuliſſem, corpore ac manu rem apprehendiſſem, *l. 1. §. pen. leg. quod meo 18. §. 2. de acquir. poſſeſſ.*

Simul atque claves horrei tradiderit] Clavibus horrei aut cellæ traditis, etſi merces incluſæ, frumentum, vinum, oculis & ſenſibus non ſubjiciantur, earum tamen rerum poſſeſſio & dominium nobis acquiritur, haud ſecus ac ſi res ipſæ conditæ nobis traditæ eſſent, *dict. leg. qua ratione, §. item ſi d. l. 1. §. penult. l. clavibus 77. de contr. empt.* Cæterum hoc ita, ſi claves traditæ ſint apud ipſum locum, in quo res conditæ ſunt, *dict. l. clavibus*. Nam & ſymbolica traditio eſſe debet, ut per eam res poteſtati noſtræ ſtatim ſubjiciatur: quod non fit, ſi alibi claves tradantur; & ideò rectè hoc expreſſit Theoph. ἐὰν παρεστὼς τῷ ὡρείῳ.

Textus.

De Miſſilibus.

45. *Hoc ampliùs interdum & in incertam perſonam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce, prætores & conſules cum miſſilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quiſque ſit excepturus: & tamen quia volunt, quod quiſque acceperit, ejus eſſe ſtatim eum dominum efficiunt.*

Notæ.

45. *Miſſilia*] Munera, quæ in vulgus jactantur, *ſparſiones* Senecæ *2. nat. quæſt.* ex Cajo *l. 9. §. pen. h. t.* v. Suet. *in Aug. cap. 98. Calig. 18. Ner. 11. l. 2. C. de conſul. l. 105. c. 2. §. 1. Nov. Leon. 94. l. 5. §. 1. pro derel.*

Commentarius.

ET ſi regulariter in tranſlatione dominii non minùs perſona accipientis, quàm tradentis certa eſſe debet, ut affectus ab utraque parte contrahentium concurrat, *l. in omnibus 55. de obl. & act.* evenit tamen interdum, ut dominium per traditionem tranſeat in perſonam accipientis incertam, veluti cum miſſilia jactantur aut ſparguntur in vulgus, quod exemplum hoc loco proponitur, *& l. 9. §. pen. eod.* etenim qui pecunias ſuas ita ſpargit aut projicit, in nullius certæ perſonæ deſtinationem fertur, & planè ignorat, quis quid earum rerum ſit accepturus. Utique tamen quia palam eſt, velle eum, quod quiſque ex ſparſo apprehenderit, id ſibi habere, æquiſſimum eſt & naturali rationi conſentaneum, ratam haberi domini voluntatem, arg. §. *per traditionem ſupr. eod.* Poterat videri, quod ita ſparſum eſt, pro derelicto habitum, & ideò apprehendenti cedere jure occupationis rerum nullius: ſed magis eſt, ut ex voluntate domini traditum ſibi accepiſſe dicamus, cùm in eum finem pecunia ſparſa ſit, ut ſtatim apprehenderetur, & quantum apprehenſum eſſet, fieret apprehendentis; quo animo non eſt is, qui rem pro derelicto habet.

Prætores & conſules] Deſunt hæc apud Gajum: & vix eſt, ut reperias, magiſtratus populi Romani, conſules, aut prætores miſſilia ſparſiſſe. Principes id factitaſſe legimus apud Sueton. *in Auguſt. c. 98. in Caligul. c. 18. in Neron. cap. 11.* Ut conſules ſparſerint, è Græcorum conſuetudine fluxiſſe, videtur: quam Marcianus non ſine cauſa ſuſtulit, *l. 2. C. de conſul. & non ſparg. pec. lib. 12.* revocavit ad certum modum Juſtinian. *Nov. 105. cap. 2. §. 1.* qua conſtitutione permittitur volentibus conſulibus miſſilia ſpargere, & muneribus honorare populum, dum ne id ſæpiùs faciant, quàm ſepties in anno, & in ſeptem proceſſionibus: nec aurum populo ſpargant, quod ſoli datur imperio. Hæc conſtitutio iterum abrogatur à Leone, uſuſque

Digitized by Google

miſſilium conſulibus in totum interdicitur, *Nov. Leon. 94.*

TEXTUS.

De habitis pro derelicto.

46. *Qua ratione verius eſſe videtur, ſi rem pro derelicto à domino habitam occupaverit quis, ſtatim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id in numero rerum ſuarum eſſe nolit: ideoque ſtatim dominus eſſe deſinit.*

NOTÆ.

46. *Ea mente abjecerit*] Aut deſeruerit; nuda autem voluntate ſine facto dominium non amittitur: in quo differt dominium à poſſeſſione, *l. 17. §. 1. de acq. poſſ.*

Statim dominus eſſe deſinit] Etiam antequàm res ab alio occupata ſit, *l. 1. 2. §. 1. pro derelict.* alioqui occupantis non fieret, & qui ſciens eam contrectaret, furtum committeret: quod eſt abſurdum, *l. 53. §. 5. D. de furt.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ requirantur, ut res pro derelicto habita cenſeatur.*
2 *Pro derelicto habita ſtatim noſtra eſſe deſinere. ulteriùs autem non fieri, niſi poſſeſſio eorum apprehenſa fuerit.*

RES pro derelicto habita ſtatim noſtra eſſe deſinit, & nullius fit, ideòque ſecundùm jus de rebus nullius occupanti conceditur. Pertinet igitur hic modus acquirendi ad inventionem, ut ſupra quoque monuimus §. *item lapill. eod.* Ad traditionem referri non poteſt, ut ſpecies ſuperior: quia qui rem pro derelicto habet, quamvis eam ſuſtulerit aut occupaverit, *leg. 5. §. 1. pro derel.* non tamen ea mente eam abjicit aut deſerit, non laborat ut alius eam accipiat, quod facit is, qui pecuniam ſpargit. Sparſio ſpecies donationis eſt, & liberalitas, qua, qui ſpargit, populum demereri ſtudet: abjectione autem aut deſertione hoc ſaltem agitur, ut ne res ampliùs in bonis ſit.

Quod dominus ea mente abjecerit] Duo exigit hæc definitio, ut res pro derelicto habita cenſeatur: primùm ut quis rem ſuam am-
1 pliùs ſuam eſſe nolit; tum ut quam non vult ampliùs ſuam eſſe, eam abjiciat aut deſerat: alterutrum ſi deſit, dominium non amittitur. Fac ergo, rem à domino abjici, aut deſeri, non ea tamen mente, ut eam à ſe amoveat, ut ampliùs ſuam eſſe nolit: nihil hic amittitur, §. *ſequent.* Fac è converſo, nolle ampliùs ſuam eſſe, niſi eam abjiciat, aut ſi immobilis eſt, ab ea diſcedat hoc animo, ut eam ampliùs habere nolit: dominus eſſe non deſinit: in quo dominium differt à poſſeſſione, quæ ſolo animo amittitur, *leg. ſi quis 17. §. 1. de acquir. poſſeſſ.*

Ideoque ſtatim dominus eſſe deſinit] Res pro derelicto habita ſtatim, ut abjecta aut deſerta eſt, noſtra eſſe deſinit: quia iiſdem modis res deſinunt eſſe noſtræ, quibus noſtræ fiunt, *l. 1. pro derel.* Unde rectè à Juliano notatur Proculus, qui putabat dominium rei pro derelicto habitæ tunc demum à nobis abire, cùm ab alio occupata eſſet, *l. 2. §. 1. dict. tit.* ſic enim fieret, ut ſi quis eam rem furandi animo abſtuliſſet, furtum commiſiſſe intelligeretur, quod eſt abſurdum, *leg. falſus 43. §. 5. de furt.* Quòd ſi dominus non ſit, à quo res derelicta eſt, non fit ſtatim occupantis; ſed poterit, qui occupavit, eam uſucapere, *l. 4. pro derel.* Illud conſtat, pro derelicto habita, ut cætera, quæ nullius ſunt, non acquiri ei, qui primus ea videre cœpit & notare oculis, ſed qui primus
poſſeſſionem eorum nactus ſit. Sic Achan- 2
thos inſula deſerta adjudicata fuit Calcidenſibus, qui priores intraverant; non Andriis, qui priores jaculum immiſerant, *Plutarch. quæſtion. Græc. 29.* quoniam poſſeſſionis initium, eſt corporis ad corpus adjunctio: qualis circa res mobiles maximè fit manibus, circa res ſoli, pedibus, *D. Grot. mar. lib. cap. 2.* Sunt qui pro derelicto habita fiſco nunc adſcribenda tradunt, *D. Cyprian. Regn. cenſ. Belg. hic poſt Zypæ notit. jur. Belg. tit. de jur. fiſc.* quibus non aſſentior, per ea, quæ nos *ad §. 39. ſup. eod. & Croenem de ll. ab rog. ibid.*

TEXTUS.

De jactis in mare levandæ navis cauſa, Item, de his quæ de rheda currente cadunt.

47. *Alia ſanè cauſa eſt earum rerum, quæ in tempeſtate levandæ navis cauſa ejiciuntur; hæ enim dominorum permanent: quia palam eſt, eas non eo animo ejici, quòd quis eas habere nolit, ſed quò magis cum ipſa navi maris periculum effugiat. Qua de cauſa, ſi quis eas fluctibus expulſas, vel etiam in ipſo mari nactus, lucrandi animo abſtulerit, furtum committit. Nec longè videntur diſcedere ab his, quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.*

No-

NOTÆ.

47. *Furtum committit*] Hujus loci interpretem habes Ulp. *d.l.43. § pen.& §.4. cum aliquot ſeqq. D. de furt.* & benè hoc intellexit Damones in Rudente Plautina, qui vidulum à ſervo ſuo in mari inventum alienum eſſe judicat, non ſuum, *act. 4. ſen. 2.*

De rheda currente cadunt] aut iter facientibus excidunt in via: quæ certum eſt dominorum permanere.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ levandæ navis gratia eiiciuntur, non eo animo abiici videri, quod quis ea habere nolit.*
2 *Eum qui alienum quod in via jacet lucri faciendi cauſa tollit, furti obſtringi, licèt ignoret cujus ſit.*
3 *Quid ſi nemo rem inventam poſt proclamationem repetat.*
4 *An præmium indicii honeſtè peti poſſit.*
5 *Quid circa res ejectas aut naufragio perditas hodiernis moribus obtineat.*

EX iis, quæ præcedenti §. dicta ſunt, intelligi potuit, pro derelicto habendum non eſſe, quod dominus non ideo abjecit, quia ampliùs ſuum eſſe non vult, ſed alia mente; ac proindè id ejus, qui abjecit, manere, nec fieri apprehendentis. In hoc §. declaratur exemplo rerum in tempeſtate levandæ navis cauſa ejectarum.

1 *Non eo animo eiici, quòd quis eas habere nolit*] Qui oborta tempeſtate levandæ navis gratia res aliquas proiiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant: quippe ſi invenerint, ablaturos; & ſi ſuſpicati fuerint, in quem locum ejectæ ſunt, requiſituros: ſed ut levata nave maris periculum effugiant. Perindè igitur hoc eſt, ac ſi quis onere preſſus in viam rem abjecerit, mox cum aliis reverſurus, ut eam auferat, *leg.8. ad leg. Rhod.* quam ob cauſam res ita jactas dominorum permanere, rectè hic concludit Juſtinianus cum Gajo *in l. 9. §. ult. hoc tit.* & Paulo *leg. 2. in fin. ad leg. Rhod. fac. l. ſi quis merces pro derel. l. interdum 21. §. de acq. poſſ. l. quæcunque 58. hoc tit.* Cum his tamen Ulpianum committit Hotomannus, exiſtimans, eum à cæteris omnibus diſſenſiſſe, ac putaſſe, jactum fieri animo derelinquendi, aut ſaltem credendum eſſe, plerumque eo animo fieri, & quaſi periturum ſit, quod jactatur: ſic enim ſcribit in *l. falſus creditor. 43. §. pen. de furt.* Reſpondet Vveſembecius, Ulpianum eo loco de jactu ſpontaneo loqui, de eo videlicet, qui ſimpliciter nec vergente ulla neceſſitate res aliquas in mare proiicit; hunc in hac actione merè voluntaria credibile eſſe pro derelicto velle habere id quod videtur ut periturum jactare. Quam reſponſionem, licèt eam ut ineptam explodat Bachovius, locus ipſe non parum juvat, nam ex fine *d. §. pen.* manifeſtum eſt, Ulpianum diſtinxiſſe inter id, quod ſimpliciter & non ſimpliciter jactatum ſit.

Cùm ipſa navi maris periculum effugiat] Mercator nunquam mercium ſuarum jacturam faceret, niſi ſperaret majus ſe malum hoc pacto declinaturum, mortem nimirum. Facit igitur hoc ἑκὼν ἀέκοντί γε θυμῷ, ut hæc actio mixta ſit ex ſpontaneo & invito. Invita eſt, ſi cauſam ſpectes, quæ extrinſecus impellit, ut jactura fiat: ſpontanea, ſi cauſam proximam & principium internum, conſilium mortis evitandæ. Quin etiam plus voluntarii quàm inviti hujuſmodi actiones habent: niſi enim voluntate conſentiente fierent, in exequendo miniſterium non præberent membra corporis. Conſule *Ariſtot. 3. eth. 1.*

Lucrandi animo] Secus eſt, ſi hoc animo, ut rem ſalvam faceret & reſtitueret domino, aut ſi putans, ſimpliciter ſive ſponte jactatam pro derelicto habitam, *d.l. falſus creditor §. pen. & §. ſed ſi 6. de furt.* Benè hoc intellexit Damones in Rudente Plautina, qui vidulum à ſervo ſuo in mari repertum alienum eſſe judicat, non ſuum, *act. 4. ſcen. 2.*

Quæ de rheda currente cadunt] Comparantur res in tempeſtate ejectæ cum his, quæ iter facientibus decidunt de curru, aut quæ imprudentibus excidunt in vias, quas certum eſt dominorum permanere, cumque qui alienum quid jacens in via lucri faciendi cauſa tollit, furti obſtringi: in tantum ut nihil interſit, ſciverit, an ignoraverit, cujus eſſent: nihil enim ad furtum minuendum facit, quòd cujus ſit, ignoret, *d. l. falſus. §. qui alienum*, quippe cùm omnes ſcire debeant, quod ſuum non eſt, hoc ad alios modis omnibus pertinere, *l. ult. Cod. unde vi.* At ſi non ut lucretur, ſuſtulit, ſed redditurus ei, cujus id eſſe poſtea apparuerit, furti non tenetur. Proindè ſi neſcit, cujus ſit, rectè probèque faciet, ſi libellum proponat, continentem, inveniſſe ſe, & redditurum ei, qui ſuum id eſſe demonſtraverit: hoc enim facto palam oſtendet ſe non tuliſſe eam rem animo furandi, *d.l. falſus §. ſed ſi 17. & ſeq.* Quid ergo, ſi poſt hujuſmodi libellum propoſitum, aut (ſicubi conſuetudo) 2
poſt inſinuationem præconis voce factam, nemo ſeſe offerat, qui rem inventam ut ſuam repetat? Poterit inventor, ſi pauper eſt, eam ſibi ceu munere Dei collatam retinere: ſin dives eſt, bene & piè fecerit, ſi in uſus & alimoniam pauperum eam convertat, ita *Bart. ad d.l. falſus §. qui alienum Fab. Canſiunc. Schneid. hic.* Qui hic obiter etiam tractant, an is, qui rem alienam invenit & indicavit, ſi nihil impenſæ ejus gratia 4
fecit, præmium indicii honeſtè petere poſſit: & ajunt, non poſſe, quamvis ultro oblatum honeſtè accipiatur; quod etiam ſatis apertè ſignificat Ulp. *d. l. falſus §. quid ergo 9.* ubi pro eo, quod in vulgatis editionibus omnibus atque in ipſo

etiam Piſano codice legitur; *Quid ergo ſi, εὕρετρα, quæ dicunt, petat*, &c. Budæus ex veſtigiis exilibus anriqui exemplaris, ut ipſe ait, reſtituit: *Quid ergo, ſi ea quæ dicunt Græci μηνύτρα, per*, ſed nulla neceſſitate: nam εὕρετρον, non minus Græcum eſt, quam μήνυτρον, atque ut hoc præmium indicinæ, ita illud præmium invenrionis ſignificat. Illud non ambigitur, poſſe, ſi res nondum reperta eſt; ejus perquirendæ nomine & peti honeſtè indicium & accipi, *fac. leg. 4. §. ſi tibi de cond. ob turp. ca.* Hac eadem in cauſa ſunt etiam bona naufragorum, & peculiaris etiam pœna in eos, qui quid eorum in littus expulſum ſurripuerunt; nova lege conſtituta eſt publicatio omnium bonorum, *auth. navigia C. de furt.* quæ deſumpta eſt ex conſtitutionibus Frederici Secundi *de ſtatutis & conſuetudinib. contra eccleſiæ libertatem editis tollendis coll.* 10.

5 De rebus in tempeſtate ejectis aut naufragio perditis, inque littore inventis aut extractis è mari, idem in hac regione antiquitus jus fuit, quod nunc Principum ferè omnium maris accolarum commune eſt, fiſco ſtatim ut vindicarentur, adeòque ipſa etiam fragmenta & tabulas quaſſatarum ſcopuliſque illiſarum navium. Cæterum aucta navigatione, inque dies magis magiſque increſcente, viſum eſt placitumque Ordinibus hujus provinciæ, ut ſuas cuique res ruptas deperditaſque repetere liceat; modò id faciat intra annum & ſex ſeptimanas, impenſæque refundantur, quæ forte factæ ſunt ab harum rerum ſuſceptoribus. Hoc tempore elapſo publicantur, & fiſco acquiſitæ eſſe intelliguntur, *placuit Van de zee-defren, Phil. 2.* qui tamen facile patitur eas redimi, *Grot. 2. manuduct. 4.* Graviter in præcipitem illam publicationem rerum ad littus ejectarum *lib. 1. de repub. c. 10.* invehitur Bodinus: *Barbarum id quidem*, inquit, *& antiquis inuſitatum, ut, cujus opes ac fortunæ naufragio miſerè perierint, & quem noſtris opibus ſublevare debeamus, ejus reliquias, quas ad littus ejectas bona fide reſtitui oportebat, turpe diripi patiamur. Sic tamen*, inquit, *vivitur, ut, qui portus habent, eam crudelitatem in cives tum in peregrinos exequantur. Ius quæris? Error jus facit: at ſi non peccatur errore, ſed ſcientia, ſcelus eſt, quod erroris ſpecie prætenditur.* Mera ſane injuria eſt, nulla probabili cauſa præcedente ſuum alicui auferre: atque ob id antiquis ſemper religioſum fuit, bona naufragorum fiſco addicere. Extat conſtitutio Conſtantini in *C. Iuſtin. tit. de naufrag. lib. 11.* in hæc verba: *Si quando naufragio navis expulſa fuerit ad littus, vel ſi quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat; fiſcus meus ſeſe non interponat. Quod enim jus habet fiſcus in aliena calamitate, ut de re tam luctuoſa compendium ſectetur?* Benè Euripides *in Helena*:

Ναυαγὸς ἥκω ξένος, ἄσυλον γένος.

Dion Pruſæenſis *orat. 7.* de naufragio locutus:

. Μὴ γὰρ εἴη ποτὲ, ὦ Ζεῦ, λαβεῖν μηδὲ κερδᾶναι κέρδος τοιοῦτον ἀπὸ ἀνθρώπων δυστυχίας. Poteſt etiam huc accommodari locus Caſſiodori, *lib. 4. var. 7.* ubi hic ſcribit; *Crudelitatis genus eſt, ultra naufragium velle deſævire, & illos ad diſpendia cogere, quibus inopem vitam probantur immania elementa dediſſe, add. auth. navigia, C. de furt. Gail. 1. obſ. 18. Gudelin. lib. 5. de jur. nov. cap. 10. Chriſtin. vol. 5. deciſ. 64. Grot. de jur. bell. & pac. lib. 2. cap. 7. in pr. Grænem. de legib. abrog. ad l. 1. C. de naufrag. & ibi alleg. Mornac. ad l. 2. in fin. l. 4. §. 1. l. 9. & ibid. not. noſtras ad Per. Peck. de leg. Rhod.* Doctiſs. Salmaſius *cap. 5. de mod. uſur.* putat, non Conſtantinum, ſed Antoninum auctorem eſſe memoratæ conſtitutionis ſub *tit. C. Iuſt. de naufrag.* id ſtylum oſtendere, & veteres libros teſtari: nec relatam eſſe ſub eod. tit. in Cod. Theodoſianum, quod & D. Contius antea obſervavit. Ea autem conſtitutione Antoninum abrogaſſe legem Rhodiam, qua parte naufragia fiſci eſſe, & ad publicanos pertinere ſanxerat, τὰ ναυάγια τοῦ τελωνοῦ εἶ. atque eſſe hanc conſtitutionem poſteriorem reſcripto ejuſdem Antonini, quod extat *in leg. ἀξίωσις, de leg. Rhod.* quo naufragos ad legem Rhodiam remiſit. Oſtendit etiam, reſcriptum illud multis modis corruptum eſſe; & in d. conſtitutione pro, *vel ſi quando reliquam terram attigerint*, ut omnes libri ſcripti habent, legendum, *vel ſi quando reliqua terram attigerint*. Hæc dubium, quin *in d. leg. ἀξίωσις 9. de leg. Rhod.* pro ὑπὸ τῶν δημοσίων, ex ejuſdem Salmaſii ſententia, quam & Grotius probat, reponendum ſit, ὑπὸ τῶν δημοσιωνούντων, id eſt, τελωνῶν, à publicanis.

TITULUS II.
DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

Continuatio.

QUæ de aquirendo jure gentium dominio dicta ſunt titulo præcedenti, ea pertinent dumtaxat ad acquiſitionem rerum corporalium. Sunt autem & res quædam incorporales, quæ & ipſæ in patrimonio ſunt, & ſuis quoque modis, prout earum fert natura, tum jure gentium tum civili ſingulis acquiruntur. Non eſt igitur principalis diviſio, quæ hoc titulo proponitur: ſed ſubdiviſio quædam rerum privatarum, ſive earum, quæ in bonis aut patrimonio ſunt. Gajus hanc principali continenter ſubjecit, *l.* 1. §. 1. *de rer. div.* unde huc tranſtulit Juſtinianus.

TEXTUS.

Secunda rerum diviſio.

Quædam præterea res corporales ſunt, quædam incorporales. Corporales hæ ſunt, quæ ſui natura tangi poſſunt; veluti fundus, homo, veſtis, aurum, argentum, & denique alia res innumerabiles. Incorporales autem ſunt, quæ tangi non poſſunt: qualia ſunt ea quæ in jure conſiſtunt, ſicut hæreditas, uſusfructus, uſus, & obligationes quoquo modo contracta. Nec ad rem pertinet, quòd in hæreditate res corporales continentur; nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales ſunt: & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerùmque corporale eſt, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipſum jus hæreditatis, & ipſum jus utendi fruendi, & ipſum jus obligationis incorporale eſt. Eodem numero ſunt & jura prædiorum urbanorum & ruſticorum, quæ etiam ſervitutes vocantur.

NOTÆ.

Quædam præterea] Totus hic titulus deſcriptus eſt ex Cajo *l.* 1. §. 1. *D. de rer. div.*

Quæ in jure conſiſtunt] Ita dicuntur, non quia revera & natura non ſint, aut extra conſiderationem juris non ſubſiſtant, ut malè quidam; ſed quoniam à jure certam ac definitam formam acceperunt. Utique hæreditas, uſusfructus, &c. non ſunt ideæ Platonicæ, etſi ἀψηλάφητα ϗ ἀιὰ τεχθέντα.

Pecunia] Hic apertè pecunia inter res corporales numeratur, ut & apud Cajum *d. l.* 1. & nihil notius eſt, quàm nummos æquè ac cætera corpora vindicari poſſe, *l.* 14. *de reb. cred. ult. infr. quib. al. lic.* opponuntur interdum corpori, *l.* 46. *D. de cond. ind. l.* 5. *pr. de imp. in rem. dot. l. ult. de adim. leg.* at tunc non omne corpus ſimpliciter, ſed certum intelligi debet, *l.* 68. *D. ad ſen. Treb. l.* 10. *D. de accept.* & in quo præter corpus nihil conſideratur.

Ipſum jus hæreditatis] Cajus *ipſum jus ſucceſſionis*, à quo & hæreditas definitur ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l.* 24. *de verb. ſign.* ſed hæc impropriè: nam ſuccedere non hæreditatis eſt, ſed hæredis. Hæreditas autem eſt res acquiſitioni ſubjecta, & quæ hæredi per ſucceſſionem acquiritur. Jus verò dicitur, quia univerſitatem denotat, patrimonium defuncti cum oneribus; non res ſingulas, ſeorſum, *l.* 119. *l.* 208. *d. tit.* Hæc plena præ iis, quæ alii.

COMMENTARIUS.

1 *Inter res corporales etiam nummos rectè numerari.*
2 *Ea quæ in jure conſiſtere dicuntur, non eſſe mera entia rationis.*
3 *Quo ſenſu hæreditas, uſusfructus, obligatio, jura dicantur, & rebus ipſis opponantur.*
4 *Hæreditatem propriè neque ſucceſſionem eſſe neque jus ſuccedendi, neque rem, quæ ſuccedit, ſed jus, quod per ſucceſſionem acquiritur.*
5 *Iura prædiorum quo adſpectu ſervitutes dicantur.*

S*Ui natura tangi poſſunt*] Hoc eſt, quæ ſub tactum cadunt, quas, ſi præſentes ſint, corpore & manu apprehendere, cæteriſque ſenſibus percipere poſſumus. Ait autem, hujuſmodi res eſſe fundum, hominem, &c. fundum, puta Tuſculanum; hominem, Sticum; res, nimirum ſingulares & ſubſtantias primas. Nam ſecundæ ſubſtantiæ ſive univerſalia à ſenſibus remota ſunt *Ariſtot.* 1. *analyt. cap.* 31. Utrùm autem univerſalia ſint merum opus intellectus & figmenta phantaſiæ, an quid reale eſſentiam habens & revera ſubſiſtens in rebus ſingulis, philoſophorum diſputatio eſt.

Aurum, argentum] Non tantùm rude, ſed etiam
ſignatum, nummi aurei aut argentei, licèt con- 1
tra diſputet D. Hotomanus *illuſt. quæſt.* 15. Nam oppoſitum eſt in oppoſito, ſive contradictio in adjecto, ſi quis dicat argentum ſignatum corpus non eſſe. Spectatur quidem in pecunia maximè valor publicus. *l.* 1. *de contr. empt.* & reſpectu hujus valoris nummus nonnumquam opponitur iis rebus, in quibus præter corpus nihil conſideratur, ut in *l. qui hæredes* 46. *de condict. ind.* Cæterum qui nummos & pecuniam negant aliud eſſe aut ſignificare, quàm valorem & quantitatem ipſius, illi vehementer falluntur: utique, enim & ma-

Digitized by Google

& materialiter pecunia conſiderari poteſt, cùm materia pecuniæ, argentum, aurum, fundamentum ſit valoris, de quo bellè & doctè Salmaſius *lib. de uſur. pag.* 455. Et corpora etiam in pecunia cogitari poſſe, non quantitatem dumtaxat, teſtis eſt Papinian. *l. ſi is* 94. §. 1. *de ſolut.* Quin Juſtinianus hoc ipſo tit. & Gajus *l.* 1. §. 1. *de rer. div.* expreſsè pecuniam inter res corporales numerant. Denique quid notius eſt, quàm nummos æquè ac cætera corpora vendicari poſſe? Nihil me movet, quod apud Pomponium, *l. ſi pœnæ* 19. §. 2. *de cond. ind.* legitur; Si falsò exiſtimans me debere nummos ſolvere, qui partim alieni, partim mei fuerint, ejus ſummæ partem dimidiam, non corporum, me condicere; nam & ſi frumentum meum cum alieno commixtum, cui non debebam, per errorem ſolviſſem, reſponderet Juriſconſultus, non dimidiam partem corporum, ſed quantitatis condicendum: neque tamen ex eo quiſquam colligeret, frumentum rem eſſe incorporalem; ſed habet hoc hanc rationem, quia confuſim corpora mea & aliena ſolvi, non ut certa ſpecies, ſed exiſtimans me debere certam quantitatem. Quid quòd eo ipſo quod ait me non condicere partem corporum, fatetur corpora eſſe? Nihil etiam quod Ulpian. *leg.* 5. *in pr. de emp. in res dot.* ſcribit, diminutionem dotis per impenſas neceſſarias fieri ipſo jure ubi non ſunt corpora, ſed pecunia; neque enim corpora pecuniæ opponit, ut non corpori: ſed eadem ratione, qua eodem loco corpora opponit corpori æſtimato, quod utique nemo dixerit rem eſſe incorporalem; & nimirum, ut res, quæ in ſpecie reſtituendæ ſunt, iis rebus opponuntur, quæ in genere functionem recipiunt. Conſtat enim, pecuniam eſſe rem fungibilem, cujuſmodi res eodem jure ac obligatione in dotem dantur, qualis eſt in mutuo, ut ſcilicet ſoluto quandoque matrimonio, maritus non eadem corpora, quæ accepit, reddat, ſed tantumdem, *l. res in dotem* 42. *de jur. dot.* Idem reſpondendum ad *l. ult. de adim. leg.* Alibi cautiùs ſumma aut numerata pecunia non ſimpliciter corpori, ſed certo corpori opponitur, *l. ſi hæres* 68. *pr. ad ſen. Treb. l.* 10. *de accept.*

Qualia ſunt, quæ in jure conſiſtunt.] Res omnes, quæ tangi aut demonſtrari non poſſunt, ſed animo tantùm cerni atque intelligi, incorporales quidem ſunt: verùm non omnium earum rerum conſideratio Juriſconſulti propria eſt. Nam &
1 Angeli, & ſpiritus, & animæ res ſunt incorporeæ. Illa quoque quæ à Cicerone in *Topic.* enumerantur, uſucapio, tutela, gens, agnatio, quamvis harum rerum tractatio ad Juriſconſultum pertinet, non ſunt tamen hujus loci, in quo de iis rebus agitur, quæ acquiri poſſunt, & patrimonium noſtrum augent. Uſucapio autem non eſt res, quæ acquiritur, ſed cauſa & modus acquiren-
2 di, uti & gens & agnatio: gente enim & agnatione hæreditas obvenit. Tutela onus eſt & munus publicum. Quid eſt ergo, quod ait, *quæ in jure conſiſtunt? Ius eſt*, inquit Wveſemb. *intellectus ſeu recta ratio. Quæ igitur in jure cōſiſtunt, ut alia omnia, quæ ſunt rationis, ea, tantùm intelliguntur*, inquit, *non ſunt*. Ita loquitur Wveſembec. quaſi exiſtimet ea, quæ in jure conſiſtere dicuntur, eſſe mera entia rationis & intentionalia dumtaxat: quomodò & D. Tuningius, qui ea dicit eſſe notiones & intelligentias; quas Platonici *Ideas* vocant: neque aliud judicium Donelli fuit *lib.* 5. *com.* 1. Sed quæſo quid tam abſurdum eſt, quàm dicere, hæreditatem, bonorum poſſeſſionem, uſumfructum, ſervitutes prædiorum, pignus, obligationes, actiones, figmenta eſſe intellectus, natura nihil eſſe? Amabo te, ſi tibi lucnlenta hæreditas relicta ſit, aut opulenti patrimonii uſusfructus; ſomniumne eſſe putabis phantaſiæ aut ideam Platonicam? quamquàm ſunt ἀψηλάφητα καὶ ἀμεταχείριστα. Sic autem habendum eſt, res hujuſmodi in jure conſiſtere dici, & his corpora opponi, non quia revera & natura non ſint, aut extra conſiderationem juris non ſubſiſtant, ſed quia à jure quodammodò exiſtentiam ſuam, hoc eſt certam ac definitam formam acceperunt, quippe jus civile harum rerum naturam quaſi pro arbitrio formare poteſt, cujuſmodi poteſtatem in rebus corporalibus non habet. Atque hoc ſenſu accipiendum, quod Fab. & Aug. tradunt, ea dici in jure conſiſtere, quæ à jure ſubſtantiantur, creantur & nominantur: Habent enim utique & veram ſuam eſſentiam, ſuntque omninò entia realia, ſicut & quævis alia accidentia: ita propemodum & D. Bachovius.

Sicut hæreditas, uſusfructus, uſus, & obligationes] Hæc omnia hactenus quidem rectè conjunguntur, quatenus jura ſunt ſive res incorporales. Cæterum diſſimilis harum rerum ratio eſt, quatenus rebus ipſis opponuntur, ut mox oſtendemus. Hæreditas univerſitatem bonorum ſignificat, in quæ hæres ſuccedit: & quia appellatione ſua univerſim bona omnia & jura defuncti, etiam quibus ille aliis tenebatur, comprehendit, hac conſideratione non ineptè jus dici- 3
tur, *l. hæredit.* 119. *l. pecuniæ* 178. §. 1. *l. bonorum* 208. *de verb. ſign.* Unde Papinian. *l. hæreditas* 50. *de hær. pet. Hæreditas*, inquit, *etiam ſine ullo corpore juris intellectum habet*, *add. l.* 3. *de bon. poſſ.* Obligatio quatenus à parte debitoris conſideratur, jus non eſt, ſed vinculum juris, quo ille adſtringitur ad dandum aliquid aut faciendum, *infr. de oblig. in pr.* A parte autem creditoris, qui debitorem ita adſtrictum habet, non malè jus dicitur, quòd ex contractu acquiratur & numeretur in bonis. Etenim jus illud non eſt jus in re, ſed tantùm ad rem, tribuens creditori actionem in perſonam dumtaxat, non rei vendicationem: & ideò tractatio de obligationibus, earumque acquirendarum modis non eſt hujus loci, in quo Juſtiniano propoſitum eſt docere, quibus modis acquirantur jura in rem dominio non abſimilia, ſicut ipſe apertè ſignificat *in §. ult. de uſ. & hab.* & de obligationibus demum tractare incipit *tit.* 14. *l.* 3. In uſu & uſufructu, quatenus uterque ut jam conſtitutus & acquiſitus conſideratur, plus

eſt:

Digitized by Google

eſt: ſunt enim hæc jura in re, quæ uſuario & fructuario pariunt actionem confeſſoriam, quæ in rem eſt, §. 2. *infr. de act.* De horum conſtitutione, & acquiſitione agitur *tit.* 4. & 5. *hujus libri*.

Nam ipſum jus hæreditatis, &c.] Nemo eſt, qui non intelligat, uſumfructum non eſſe idem, quòd ſunt ipſi fructus; cùm ſit jus fruendi, id eſt, percipiendi fructum rei. Obligationes quoque nemo tam fungus eſt, qui non videat aliud eſſe, quàm res in obligationem deductas. Quis enim putet, rem, quæ venit, obligationem eſſe? At quo pacto hæreditas à rebus ſingulis hæreditariis ſecernatur, non uſq; adeò obvium. Quod Juſtinianus ait, ipſum jus hæreditatis incorporale eſſe, Cajus *l.* 1. §. *de rer. div.* dixit, ipſum jus ſucceſſionis tale eſſe: & Africanus, *l. bonorum* 108. *de verb. ſign.* hæreditatis appellatione jus ſucceſſionis, non ſingulares res demonſtrari. Quid ergo? eſtne hæreditas jus ſucceſſionis? Si figuratè id accipias pro eo jure, quod per ſucceſſionem acquiritur, aut acquiri poteſt, concedo eſſe. Si propriè, nego. Quid enim aliud eſt jus ſucceſſionis, quàm jus ſuccedendi? At jus ſuccedendi ex teſtamento, aut lege eſt, idque hæres habet priuſquàm hæreditatem adeat: hæreditatem autem non ante habet, quàm eam adierit, *l. delat.* 151. *de verb. ſign.* §. *ult. de hær. qual. teſt. tit. de acq. hær.* Jus ſuccedendi decedens intra annum tranſmittit ad hæredes ſuos; hæreditatem verò non tranſmittit, *l. cum in antiquioribus* 29. *C. de jur. del.* Aliud igitur eſt jus ſucceſſionis, aliud hæreditas. Sed eſtne hæreditas ipſa ſucceſſio? Sanè à noſtris definitur ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil* 24. *de verb. ſign. l. hæreditas* 62. *de reg. jur.* Verùm & hoc impropriè dici de hæ-
4 reditate fatendum eſt: non enim ipſa hæreditas, ſed ſuſceptio hæreditatis, ſucceſſio eſt: quippè ſuccedere non hæreditatis, ſed hæredis eſt: unde hæres paſſim univerſi juris ſucceſſor appellatur. Ad eumdem modum bonorum poſſeſſio definitur jus perſequendi patrimonii, *l.* 3. §. 2. *de bon. poſſ.* nec tamen ipſa ad jus eſt, ſed agnita id tribuit bonorum poſſeſſori. Hoc ita eſſe eum per ſe liquidum eſt, tum confirmatur ex eo, quod de bonorum poſſeſſione, quæ effectu nihil aliud eſt, quàm hæreditas, Ulpian. *d. l.* 3. *in pr.* ſcribit, bona accipienda eſſe univerſitatis cujuſque ſucceſſionem, qua ſucceditur in jus demortui, ſuſcipiturque ejus rei commodum, & incommodum. In jus demortui ſuccedit; & commodum, atque incommodum ſuſcipit non hæreditas, aut bonorum poſſeſſio, ſed hæres, aut bonorum poſſeſſor. Atque, ut verbo dicam, hæreditas, ut res cæteræ, objectum eſt acquiſitionis, & res, de qua acquirenda agitur; ſucceſſio, modus, per quem illa acquiritur; jus ſuccedendi, jus, quo delata acquiri, & obtineri poteſt. Quamobrem nec Theophilus rectè hæreditatem definit eſſe jus, quod alieni patrimonii me univerſalem dominum efficit: non enim hæreditas id efficit, ſed ſucceſſio, ſive hæreditatis agnitio. Imò alienum iſtud patrimonium nihil aliud eſt ſimul ſumptum, quàm ipſa hæreditas. Nec Hotomannus jure carpit M. Tullium Ciceronem, quaſi non ſatis intelligeret, nec ad ſubtilitatem juris civilis accommodatè hæreditatem definierit, *pecuniam, quæ morte alicujus ad aliquem pervenit jure, nec ea aut legata teſtamento, aut poſſeſſione retenta ſit*; cùm hæreditas, ut ait Hotomannus, *non pecunia ſit, ſed jus acquirendæ pecuniæ, ſive jus ſuccedendi*. Quantò enim intelligentiùs, & ſubtiliùs Cicero, quàm Hotomannus, liquet ex iis, quæ jam dicta ſunt. Neque pecuniæ verbum, quod pro genere Cicero poſuit, quemdam offendere debet, cùm etiam noſtri teſtentur, pecuniæ appellatione res omnes, & tam jura, quàm corpora contineri, *l. pecuniæ* 222. *de verb. ſign.* Diſplicet etiam nunc mihi D. Donelli opinio, quam aliquando ſecutus ſum, qui *l.* 6. *comm.* 2. hæreditatem eſſe contendit rem ipſam, quæ ſuccedit in univerſum jus defuncti; propterea quòd hæreditas jacens in quibuſdam fingitur vicem perſonæ defuncti, & domini ſuſtinere, *l. hæreditas* 34. & *l. hæreditas* 61. *de acq. rer. dom.* Nam illa conſideratione hæreditas non magis res dici poteſt, quæ quidem ſubjecta ſit acquiſitioni, quàm defunctus ipſe, cujus perſonam repræſentare fingitur. Res ipſa loquitur, hæreditatem nihil aliud eſſe, quàm patrimonium cujuſque defuncti cum oneribus, *eens averlendes boedel*, ut tribus verbis definit *D. Grot.* 2. *manud.* 11. ita tamen, ut appellatione ſua univerſitatem demonſtret, omniaque defuncti bona, jura, onera ſimul comprehendat, non res ſingulas ſeorſum, *l. bonorum* 208. *de verb. ſign.* Atque hoc ſenſu jus dici, corporibuſque, quæ in hereditate ſunt, opponi arbitror.

Eodem numero ſunt & jura prædiorum.] Servitutes prædiorum, etiamſi corporibus accedant, incorporales tamen ſunt: quippè jus prædii non pars prædii eſt, ſed qualitas, *l.* 13. *de ſerv. l.* 4. *in pr. ſi ſerv. vend. l. quid aliud* 86. *de verb. ſignific.* Quod autem ait, jura prædiorum etiam ſervitutes vocari, non ſic intelligi oportet, quaſi eadem prorſus ſint jura, & ſervitutes: nam ſervitus propriè non jus, ſed juris privatio, & imminutio eſt, *l.* 5. §. *& bell.* 9. *de op. nov. nunc.* verùm, quòd relata inter ſe ſint, & illa vim habeant agendi, hæ patiendi ſignificationem. In eo igitur, cui debetur, eundi puta facultas, jus dicitur; in eo, qui debet, ſervitus eſt, & juris imminutio. In illo ſervitus activè, in hoc paſſivè.

TITULUS III.

DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM ET URBANORUM PRÆDIORUM.

D.Lib.8.Tit.1.& 2. C.Lib. 3.Tit. 34.

1 *Servitutis, qualem hîc intelligimus, definitio, ejuſque explicatio.*

2 *Species ſervitutis. Quid ſit ſervitus prædii; quid ea requirat: de quo tamen latiùs, num. 4.*

3 *Omnes ſervitutes prædiorum perpetuam cauſam habere debere, & quid veteres per cauſam perpetuam intelligant.*

SErvitutis & libertatis nomina etiam rebus inanimatis, & brutis tribuuntur, ſed per translationem, & longè alio ſignificatu, quàm cum perſonæ ſervire dicuntur in diſputatione de ſtatu hominum. Illic ſuo quæque domino perſona ſervit: libera eſt, quæ dominum non habet: at res ſervire dicuntur, non quæ domino ſuo ſerviunt, ſed quæ domino ſuo non omnia officia præſtare poſſunt, verùm quædam præſtare coguntur alteri, & non domino: liberæ eſſe, quæ uni & ſoli domino omnia præſtant, *quo fac. leg. qui uti 90. de verb. ſign.* Etenim quod ex re ſua percipit dominus, id ei res ipſa ultra præſtare videtur, liberèque id facere, & cum quadam velut propenſione voluntatis, quaſi natura ita facta, ut id velit. Cùm autem pati cogitur, ut quædam commoda alius percipiat, jam ſervire videtur, quaſi amiſſa priore facultate, quæ ei pro libertate affingebatur. Vitioſa igitur planè eſt diviſio, qua ſervitus diſtribuitur in tres ſpecies; in merè perſonalem, merè realem, & mixtam: nam merè perſonalis, quæ hominum eſt, & ſola propriè ſervitus, una cum reliquis, quæ tantùm, ἀνάλογοι id ſunt, quod dicuntur, eidem generi ut ſpecies ejuſdem ſubjici non poteſt. Igitur ſervitus, qualem hîc intelligimus, eſt jus in re aliena alteri conſtitutum, quo dominus, quod huic alteri commodum ſit, aliquid aut pati in ſuo, aut in ſuo non facere co-
1 gitur. Dicimus, ſervitutem eſſe jus: habita ſcilicet relatione ad eum, cui conſtituta eſt: & ideo in omnibus ſuis ſpeciebus ita eam à noſtris definiri; in itinere, actu, via, aquæ ductu, *hoc tit. in pr. & l. 1. de ſerv. ruſt.* in ſervitutibus prædiorum urbanorum; *§. ſeq. & l. 2. de ſerv. præd. urb. in uſufruct. pr. tit. ſeq. & l. 1. de uſufr.* Per ſe autem ſervitus, & reſpectu ejus, à quo debetur, non jus eſt, ſed juris privatio aut immunitio, *l. 5. §. & belle 9. de op. nov. nunc.* Ajo, eſſe jus, quo dominus aliquid pati in ſuo, aut in ſuo non facere cogitur, ex natura omnium ſervitutum, *l. quotiens 15. §. de ſerv.* Pati in ſuo, puta re ſua utentem fruentem, per fundum ſuum euntem, agentem, aquamve ducentem, tignum in ædes ſuas immittentem. Non facere, veluti altiùs non ædificare, in ſuo non ponere, quod luminibus ædium noſtrarum, aut proſpectui officiat, &c. Planè enim ita ſervitus conſtitui non poteſt, ut quis aliquid cogatur facere in ſuo, puta viridaria aut arbores proſpectus noſtri cauſa tollere, aut in ſuo pingere, quo amœniorem nobis proſpectum præſtet, *dict. leg. 15. §. 1.* obligatio hæc erit, non ſervitus conſtituta: & ideò prædio alienato non ſequetur actio novum poſſeſſorem, ut ſit ubi ſervitus conſtituta eſt, *l. cum fundo 36. de ſerv. præd. ruſt. l. neque 19. quib. mod. uſ. am.* ſed in eum, qui id facere promiſit, hæredemque ejus, actio in perſonam dabitur, *l. actionem 25. de obl. & act.* in id ſcilicet, quod intereſt, ſi non fiat, quod promiſſum eſt: ut accidit in omni obligatione faciendi, *l. 13. in fin. de re jud. leg. ſtipulationes 72. de verb. obl. §. ult. inf. eod.* Una ſervitus oneris ferendi à natura reliquarum nonnihil degenerat, de qua dicemus *§. 1. inf. hoc tit.* Quod adjeci de commodo, id finem ſervitutis reſpicit; neque enim ulla eſt ſervitus, quæ non commodi noſtri cauſa conſtituatur, aut certè alicujus amœnitatis: *d. l. 15. in per. de ſerv. l. 3. de aq. quot. & æſt.* Non autem præcisè requiritur, ut præſens ſit utilitas, ſed ſufficit, natura tale jus eſſe, ut aliquando uſui eſſe poſſit; quomodò cum D. Duareno accipienda *l. pen. de ſerv.* Porrò ſpecies harum
ſervitutum duæ ſunt: quædam enim ſunt rerum, 2
ſive prædiorum, quibus in uſu juris generis fere nomen ſimpliciter tribuitur; quædam perſonarum. Sic autem diſtinguuntur non à re, quæ ſervitutem debet, ſed ab ea re, cui debetur. Prædiorum igitur ſunt, quæ debentur prædiis; perſonarum, quæ perſonis, *l. 1. de ſerv. l. ſi mihi 20. §. ult. de ſerv. præd. ruſt. l. ſi quis 32. de uſufr.* De ſervitutibus prædiorum agitur hoc tit. de perſonalibus tit. proximo, & ſeq. Servitus prædii eſt, quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædii utilitatem. Duo igitur hic prædia ſint neceſſe eſt, quorum unius cauſa ſervitus conſtituatur, alteri imponatur: unum dominetur, alterum ſerviat, *l. 1. §. 1. com. præd. §. 3. infr. hoc tit.* Requirimus in his prædiis viciniratem: neque in ruſticis tantùm, quod D. Vultejus facit, & Jaon. Superior *ad l. 3. de ſerv.* verùm etiam in urbanis, *l. 5. §. 1. de ſerv. præd. ruſt. l. ſi ædes 38. & l. ſeq. de ſerv. præd. urb.* Etenim vicinitatem non ex prædiorum conjunctione aut confinio, ſed ex commoditate utendi nitimur, ut intermedium prædium, aut locus non officiat, ſi non impediat liberum uſum ſervitutis, *l. 7. §. ultim. l. ult. de ſervitut. ruſt. præd. l. 7. §. 1. com. præd. l. 1. de ſerv. præd. urb. l. 4. §. ult. ſi ſerv. vend. l. ſervitutes 14. §. ult. de ſerv. l. ſi prius 17. §. 3. de aq. pluv. arc. Duar. & ad d. l. 14. §. ultim. Don. 11. comm. 2. Cæpoll.*

poll.18. de ſerv. urb. præd. num. 2. Omnes verò ſervitutes prædiorum, ut veteres definiunt, perpetuam cauſam habere debent, *l. foramen* 28. *de ſerv. præd. urb.* Perpetuum illis eſt, quodcumque ex naturali cauſa oritur, & ſi non ſit aſſiduum: ut ecce aqua pluvia ex naturali cauſa oritur, etſi non aſſiduè pluit, *d. l.* 28. quod enim naturaliter fit, perpetuum videtur; licèt non fiat aſſiduè, ut defectio lunæ, *Ariſt. 1. poſt.* 8. Sed &
3 quod ex facto noſtro oritur, perpetuum habetur, ſi ejus cauſa prædium aut pars prædii parata eſt, ut fumi immiſſio, *l.* 8. §. *Ariſtot. ſi ſerv. vind.* Cauſam ſervitutis vocant id, cujus aut arcendi à noſtro, aut in noſtro habendi gratia ſervitus conſtituta eſt; verbi gratia, in ſtillicidio, & aquæ ductu, cauſa, ob quam hæ ſervitutes comparatæ ſunt, eſt aqua; illic, ut ab ædibus noſtris avertatur, hic, ut acqua ducatur, & in noſtro habeatur, *d. l.* 28. *l.* 1. §. 4. *de font.* Interpretes vulgò, dum diſtinguunt inter ſervitutes continuas & diſcontinuas, cauſam confundunt cum poſſeſſione. Facile autem ex ſuperiore definitione colligere eſt, ſervitutem prædii non intelligi, quæ conſtituta eſt in prædio quidem alieno, ſed ei, qui prædium non habet, aut qui non habet vicinum, *l.* 5. *de ſerv. præd. urb. l. Mela* 14. §. *ult. de alim. leg.* aut etiam ei, qui habet vicinum, ſi non ſit conſtituta illius prædii cauſa, & revera prædio utilis, *l. ſi ædes* 38. *de ſerv. præd. urb. l.* 6. *in pr. &* §. 1. *de ſerv. præd. ruſt.* eòque pertinet quod ſcribit Paul. *l.* 8. *de ſervit. ut pomum decerpere liceat, ut ſpatiari, & cœnare in alieno poſſimus*, ſervitutem imponi non poſſe: nimirum quia hoc jus prædii noſtri cauſa non conſtituitur, nec prædii noſtri cauſam meliorem facit. Si quis igitur in ſuo tale quid faciendi jus alteri conceſſerit, id perſonarum ſervitutibus adſcribendum. Inde quoque eſt, quod ſervitus prædii non intelligitur, ſi in conſtituendo perſona demonſtrata ſit, cui ſoli ea præſtetur, licèt ad utilitatem quoque prædii conſtituta ſit, *l.* 4. *de ſerv. præd. ruſt.* Ita nonnumquam ex accidenti fit, ut natura ſervitutis alteretur, *add. Coraſ. ad d. l.* 8. *Don.* 9. *comm.* 21. *Vreſ. parat. de ſerv. præd. ruſt. num.* 3. Porrò autem ut prædia, vel ruſtica ſunt, vel urbana; ita quoque & ſervitutes, quæ iis inhærent, vel ruſticæ ſunt, vel urbanæ. Prædia ruſtica ſunt loca ædificiis vacua, in urbe area, ruri ager, *l. fundi* 211. *de verb. ſign.* non enim loco, ſed materia & genere diſtinguuntur, ut poſteà pleniùs intelligitur.

TEXTUS.

De ſervitutibus ruſticis.

Ruſticorum prædiorum jura ſunt hæc: iter actus, via, aquæductus. Iter, eſt jus eundi, ambulandi, hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus, eſt jus agendi jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: ſed qui actum habet, & iter habet, eoque uti poteſt etiam ſine jumento. Via, eſt jus eundi & agendi & ambulandi, hominis, nam iter & actum viam in ſe continet. Aquæductus eſt jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

NOTÆ.

Ruſticorum prædiorum] Hic locus ſumptus eſt ex Ulp. *l.* 1. *D. de S. P. R.*

Ambulandi] Ire eſt tranſire, ſive per alienum prædium in ſuum rectà pergere: ambulare, animi gratia ſpatiari in receſſibus, eamdemque viam ire & redire; quod tamen hìc non ut jus aliquod principale conſideratur, ſed utilius juris acceſſio, & ita non obſtat *l.* 8. *D. de ſerv.*

Non etiam jumentum] Jumento vehi poteſt; jumentum, *ἀχθοφόρον κτῆνος*, agere non poteſt.

Iumentum vel vehiculum] Disjunctim, nam actus etiam intelligitur, licèt vehiculum duci non poſſit, *l.* 13. *d. t.* Italicè Græci minùs plenè actum vertunt *ἁμαξήλατον ὁδόν*.

Etiam ſine jumento] Ex tacita voluntate, & ſententia conſtituentis, arg. *l.* 21. *de reg. jur.* ſecus, ſi contra expreſſè convenerit, *l.* 4. §. 1. *ſi ſerv. vind.*

Via in ſe continet] *ἐνυπάρχει* ut totum partes, arg. *l.* 13. §. 1. *D. de accept.* Itaque via per ſe intelligi non poteſt ſine jure eundi, &c. *l.* 13. *D. de ſervit.* nihilque mutandum in definitione viæ, qua una præcedens utraque rectè comprehenſa eſt. De differentiis actus & viæ, v. Cujac. 21. *obſ.* 3. *c. l.* 7. 8. 13. §. 1. *P. R.*

Aquæ ducendæ] Quod fit canalibus ſive tubis, aut ducto rivo per longitudinem depreſſo, quo aqua decurrat, *l.* 1. §. 1. *de riv.*

COMMENTARIUS.

1 *Eum, qui iter habet, rheda vehi non poſſe, contra Cæpollam.*
2 *An ſpatiari voluptatis aut valetudinis cauſa, vel equum manu ducere, geſtandi gratia paratum.*
3 *Ei, qui actum habet, licere & armenta agere, nec tamen ideò pro* jumentum *reponendum* armentum.
4 *In definitione actus malè D. Hotomannum pro* vel vehiculum *reponere* non etiam vehiculum.
5 *An actui inſit & iter ſine jumento.*
6 *In definitione viæ nihil mutandum, & quid inter viam, & actum interſit.*
7 *De aquæductu quædam obſervatu digna.*

SErvitutes ruſticorum prædiorum ſunt, quæ prædiis ruſticis inhærent. Sunt autem longè plures, quàm hic enumerantur. D. Donellus 11. *com.* 6. doctrinæ cauſa ad tria genera eas revocat; nam ut eleganter & eruditè oſtendit, aut eò pertinet, ut per alienum fundum ad noſtrum perveniatur, eòve quid accedat; aut ut quid ex vici-

Digitized by Google

vicino ſumere liceat, quod ad uſum prædii noſtri aut pecorum, quæ prædii cauſa habentur, transferatur; aut ut prædium noſtrum onere, quo intus premitur, exoneretur. Ad primum genus pertinent quatuor illæ, quas hic explicat Juſtinianus poſt Ulp. *l. 1. ſerv. præd. ruſt.* ſecundi generis exempla ſunt in *§. 2. infr. & d. l. 1. §. eod.* tertii *l. 3. §. 1. & eod.* item exemplum, quod proponitur *l. is qui 29. eod.* ut aquam apertoſulco educere in fundum vicini liceat. Singula fuſiùs explicat Don. *d. cap. 6. & 2. ſeqq.*

Iter eſt jus eundi, ambulandi] Jure eundi con-
1 tinetur & qui lectica aut ſella, item qui equo vehitur, *l. 7. l. 12. eod.* parum enim referre viſum eſt, ſuis pedibus quis utatur in eundo, an alienis. Quod autem Cæpolla *de ſerv. ruſt. præd. cap. 1. n. 4. & 5.* putat, eum qui iter habet, etiam rheda aut curru per duos equos vehi poſſe, modò rebus aliis rheda non oneretur, vereor ut defendi poſſit: non enim par ratio eſt lecticæ, quæ à lecticariis geſtatur, & currus, quem jumenta trahunt. Jumenta cum curru agere, non eſt ire, nec ejus, qui iter habet, ſed qui habet actum aut viam. Moribus noſtris tres diverſæ ſervitutes ſunt, *voetpads, rypads, dreef*, id eſt, actus.

Ambulandi] Id eſt, commeandi ultro citroque, eundi ad fundum noſtrum & inde redeundi, quoties lubet. An igitur & ſpatiandi voluntatis aut valetudinis cauſa? Ita quidem *D. Cujac. 22. obſ.*
2 *35. Baro hic Don. 11. comm. 6.* Atqui ut ſpatiari liceat in alieno animi cauſa, prædii ſervitus imponi non poteſt: hoc enim perſonæ voluptatem reſpicit, non utilitatem prædii, *l. 8. de ſerv.* unde D. Hotomannus verbo ambulandi nihil aliud hic ſignificari exiſtimat, quàm commeationem ob res prædio, iiſve, quibus illic morari neceſſe eſt, utiles aut neceſſarias. Puto tamen dici poſſe, ambulationem iſtam hic non conſiderari, ut jus aliquod principale & per ſe, ſed ut illius juris acceſſionem. Gloſſa verbum *ire* refert ad eum, qui vadit ſolus, *ambulare* ad eum, qui it cum ſocio: quod & Cæpolla facit *d. cap. 1. num. 2.* & ſequitur *Schneid. hoc num. 11.* Sed ſi, quod uni conceſſum eſt, ad plures porrigimus, gravior fiet ſervitus: qua ratione Gloſſam improbat Porcius hic; quamquàm ſanè is, qui iter habet, cum alio ire prohibendus non eſt, ſi comitatus alterius ſpectet ad utilitatem ſolius prædii, cui iter debetur, ut benè D. Buſius ad *l. 1. de ſerv. præſt. ruſt.*

Hominis] Atqui diximus, eum, qui iter habet, etiam jumento ire poſſe. Nimirum etiam in eo ſpectamus hominem, qui miniſterio jumenti in eundo utitur, ut cauſam principalem, non ipſum jumentum per ſe. Quod ſi quæras, cur hominis hic mentio fiat, cùm iter prædii ſervitus ſit, non perſonæ; reſpondebimus, ut hinc removeantur pecora, quæ & ipſa cùm aguntur, ire dicuntur: deinde non deſignari hic quamlibet perſonam, ſed qui prædium habeat, cujus nomine eat. Nam hæ ſervitutes non ideò prædiorum dicuntur, quia perſonæ non competunt, ſed comparatione facta ad jura merè perſonalia, quia non alii competunt, quàm qui prædium habet.

Non etiam jumentum agendi] ita & Ulp. *l. 1. hoc tit. & Paul. l. 7. eod.* Hoc autem haud dubiè accipiendum eſt de jumentis, quæ ſarcinas portantes aguntur aut ducuntur. Nam ſi quis pedes ire malens in itinere deſcendat de equo, eumque manu ducat, cur id ei non liceat? aut cur per famulum non poſſit equus deduci ad dominum, ut rediturus eum conſcendat, & eques remeet, *arg. l. 12. eod.*

Actus eſt jus agendi jumentum vel vehiculum] *d. l. 1. eod.* Jumenti appellatione non contineri boves, identidem relatum & reſponſum eſt, *l. ædiles 38. §. jumentorum & 2. ſeqq. de ædili edict. l. legatis 65. §. antepen. de legat. 3. l. boves 89. de verb. ſign. Paul. 3. ſent. 6.* Columella quoque boves à jumentis, equis, aſinis, mulis, paſſim ſegregat, ut *lib. 1. c. 6. lib. 6. c. 19.* An igitur ei, qui actum habet, 3
non licebit boves agere, & generaliter armenta? Sanè verò. Diſertè enim à Modeſtino ſcriptum eſt, actum eſſe, *ubi armenta traiicere liceat, l. 12. de ſerv. præd. ruſt.* Armentorum autem appellatione vel maximè boves continentur, *d. l. boves de verb. ſign. l. ſervis legatis 81. §. armento de leg. 3.* Nec tamen ideò neceſſe eſt, ut cum Hotomanno pro *jumentum* reponamus *armentum*, contra fidem omnium exemplarium. Nam vel ἐν πλάτει jumenti vox hic accipi poteſt, ut & boves complectatur, cùm & Iſidorus boves inter jumenta referat: *lib. 12. c. 1.* & ipſe Columella etiam his ex ratione originis nomen jumenti tribuere videatur, ſic enim ſcribit *l. 6. cap. 3.* *Jumenta nomen à re traxerunt, quòd noſtrum laborem vel onera ſubvectando vel arando juvarent.* Jumentum igitur: ἀχθοφόρον κτῆνος, ἢ ὑποζύγιον: Quid ſi dicamus, exempli duntaxat cauſa jumenti mentionem factam? Ut enim reponas *armentum*, aut retineas *jumentum*, non continebitur verbis definitionis actus ovium, caprarum, & reliquorum minorum pecorum, quibus propriè gregis, non armenti aut jumenti appellatio convenit, *d. l. 81. §. armento de leg. 3. d. l. 38. §. 4. de æd. edict. l. 1. §. ult. de rei vend.*

Vel vehiculum] Hic iterum Hotomannus con-
tendit, legendum eſſe, *non etiam vehiculum.* Sed 4
profectò nimis confidenter: non enim hoc tantùm loco, verùm etiam infinitis aliis jus agendi vehiculum actu contineri, à veteribus traditum eſt, *d. l. 1. l. 12. eod. l. 11. quemad. ſerv. am.* Idemque manifeſtè colligitur ex *leg. 13. §. 1. de accept.* Nam ſi non actus, ſed viæ proprium eſſet vehiculum agere, non debuit Jureconſultus liberare eum, qui viam promiſit, ſi ſtipulator viæ iter & actum tantùm accepto tulerit. At quo argumento convellere conatur, quod tam conſtanter traditur? Nimirum quia alioqui nulla futura ſit inter actum & viam differentia. Sed hoc falſum eſſe oſtendemus in explicatione definitionis viæ. Nihil Hotomannum juvat, quod ſcribit Pompon. *l. 13. de ſerv.* ſi via conceſſa ſit tam anguſti loci demonſtratione facta, ut jumentum dunta-

xat.

Digitized by Google

xat ea duci poſſit, non etiam vehiculum, actum magis, quàm viam, acquiſitum videri. Non enim, ut via ſemper & natura ſua utrumque jus continet, & jumentum agendi & ducendi vehiculum, ita & actus; ſed aliquando illud dumtaxat, non hoc, puta ſi vel expreſsè convenerit, ut actus eſſet ſine jure agendi vehiculum, vel tacitè idem actum eſt, ut in ſpecie *d.l.13.de ſerv.* Atque hoc ſatis oſtendunt verba ipſa hujus definitionis, quibus actui non utrumque conjunctim, ſed hoc vel illud disjunctim tribuitur. Itaque & Græci minùs plenè actum vertunt *ἀμαξηλάτην ὁδόν.*

Vti poteſt etiam ſine jumento] Traditur hoc idem & in *d.l.1.eod.l.2.quemad.ſerv.am.* & veriſ-
5 ſimum eſſe docet *l.qui uſumfructum 58. de verborum oblig.* Ubi Julianus refert, eum, qui actum ſtipulatus poſteà iter ſtipulatur, poſteriore ſtipulatione nihil agere, ſicuti qui decem, deindè quinque ſtipulatur. Quod & apud Ulpian. relatum eſt *l.9.§.ult.de novat.* Falsò, ſi actus tacitè non contineret etiam jus eundi ſine jumento ſive iter ſeparatum. Neque tamen hoc ita accipimus, quaſi iter ſeparatum ſit de eſſentia ipſius actus, & ſine eo actus conſiſtere aut conſtitui non poſſit, ſed hoc dicimus, & actu conſtituto regulariter & ex tacita voluntate & ſententia conſtituentis, etiam iter ſine jumento conceſſum intelligi, *arg.l.non debet 21.l.in eo 110. de reg.jur.c.cui licet eod.in 6.* Atque ideò jus agendi dumtaxat, non etiam eundi & ambulandi, in definitione actus exprimitur. Ad hæc ſi actus eſſentialiter etiam iter contineret, quo utimur ſine jumento, nullius momenti eſſet conventio, ut actus ſit ſine itinere, contra *l. 4. §.1. ſi ſerv.& vend.* Non obſtat, quod apud Paulum legimus, actu legato iter fruſtra adimi, *l.1.de adim. leg.* nam ratio ſubjecta non obſcurè arguit loqui Juriſconſultum de itinere, quo neceſſariò utimur, in ipſo actu, cum jumentum aut vehiculum agimus. Ait enim, ideò iter fruſtra adimi, quia nunquam actus ſine itinere eſſe poteſt. Sed nec id iter videri poterit ea ademptione detractum, quod ſine jumento eſt, quia per ſe non eſt legatum, atque ita auctus potiùs in natura ſua, & qualis regulariter eſt, relictus. Planè ſi teſtator nominatim hoc iter ademerit, hoc eſt, expreſsè vetuerit ire ſine jumento, nullus dubitat, quin utilis ſit ademptio, *arg. d.l.4.§. 1. ſi ſerv. vend.* Et eſt in propoſito eadem ferè ratio itineris & actus, quæ uſus & uſusfructus: nam etſi fructui uſus ineſt, & ideò legato uſufructu, uſus ademptio nulla, *l. 14. §.1.de uſ.& hab.* nihil tamen vetat uſum à fructu expreſsè ſeparari, *l.5.§.1.uſufr.qu.cav.* Hinc jam liquet, quid de judicio & uſu Ant. Fabri ſentiendum, *qui leg. 1.conj.cap.ult.* verba hæc, *eoque uti poteſt etiam ſine jumento*, tot locis expreſſa, damnare non veretur, ut emblema imperiti interpretis, *conſul. Don. 11. com.6.Duar.1.diſput.31. Bachov. hic & in Treut. vol.1.diſp. 17.theſ.4.*

Via eſt jus eundi, agendi, ambulandi] Via, ut mox ſubjicitur, iter & actum in ſe continet, hoc eſt, ex itinere & actu eſſentialiter via conſtituitur, *arg.l.13.§.1.de accept.l.9.ſi ſerv.vind.* ac proindè quicquid eſt in definitionibus itineris & actus, id una definitione viæ debuit comprehendi; quod & curiosè ab Ulp. *l. 1. de ſerv. præſt. ruſt.* & Juſtinian. hic obſervatum eſt. Mirorque adeò viros doctiſſimos, *Connan. 4. comm.11. & Don. 11. comm. 6.* per verbo *eundi* reponentes *vehendi*,
motos tantùm vocis definitæ etymologia, quàm 6
Varro *4. de ling.* à *vehendo* deducit, & analogia præcedentium definitionum: nam ſic bis idem diceretur, cùm verbum agendi etiam vectionem contineat, *l. 4. §. 1 de ſerv.* Quid igitur amplius eſt in via, quàm in actu? Primùm hoc, quòd via etiam iter in ſe *ἀκοινώνητ* contineat, ita ut ſine jure eundi per ſe via intelligi aut conſtitui non poſſit, in quo ſpecificè differt ab actu, qui poteſt eſſe ſine itinere ſeparato. Deinde etiam hoc, quòd via nunquam eſſe ſine jure ducendi vehiculum actus poteſt, *l.83. de ſervit.* Item quòd qui viam habet, vel iter & actum ſeparatim, vel utrumque ſimul, iter & actum, vel uno verbo viam, vindicare poteſt: qui verò actum habet, non poteſt neque iter ſeparatim, neque iter & actum conjunctim, ſed ſolummodò actum vindicare. *Cujac.22.obſ.35.fac.leg.11.§.6.de exc.rei jud.* Sunt & aliæ quædam differentiæ, ſed minùs principales; nam qui viam habet, etiam lapides & tigna trahere, & rectam haſtam ferre, modò ne fructus lædat, poteſt, quod ei, qui actum habet, non licere plerique exiſtimaverunt, *l. 7. de ſerv. præd. ruſt.* & poteſt etiam ſine his via conſtitui. Illud omninò ex accidenti eſt, quod actus & via aliquando differant latitudine, *vid. l 8.l.13.§.2.eod.add.D.Euſ.ad l.1.eod. Did. Tulden. comm.hic cap.11.*

Aquæ ductus eſt jus aquæ ducendæ per fundum alienum] *d. l. 1. eod.* Id fieri ſolet vel canalibus ſive tubis aut ducto rivo per longitudinem depreſſo, quo acqua decurrat, *l.1.§.2.de riv.* Dicitur autem aqua aut publica aut privata. Publicam ducere, puta ex flumine publico, cuique licet, niſi Imperator aut Senatus vetent, aut aqua ſit in uſu publico, puta ſi flumen ſit navigabile, vel ex eo aliud navigabile fiat, *l.2.de flum.l.10.§.ult.de acqu. pluv. arc.* aut ſi periculum ſit, ne exareſcat, quamvis navigabile non ſit, *d.l.1.§. non autem 12. de flum.* Sed neque ex caſtello, vel ex rivo, vel ex aliquo alio loco, qui aquam publicam ſuſcipit, ducere fas eſt ſine permiſſu Principis, *l.1. §. permittitur 41.& 2. ſeqq.de acq.quotid.* In concedendo autem jure ducendi aquam privatam, ſive fontis, ſive fluminis, ſive putealem, non tantùm eorum, quorum in loco aqua oritur, verùm eorum etiam, ad quos ejus aquæ uſus pertinet, voluntas exquirenda eſt, id eſt, eorum quibus ſervitus aquæ debetur: quippe cùm hic agatur de jure eorum minuendo, quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari, *l.8.de aqu. pluv.arc.junct. l. ult. C. de auct. præſt.* Illud hic generaliter tenendum, neminem poſſe aquam aut publicam aut privatam per fundum alie-

num

Digitized by Google

num in ſuum ducere, cui non ſit hæc ſervitus conſtituta à domino illius fundi, *l. quemadmodum 29. §. 1. ad leg. Aquil. l. 2. Cod. de ſerv.* neminem quoque poſſe ex ſuo aquæ ductu alteri commodare, niſi id nominatim convenerit, *l. ex meo 24. l. cum eſſent 33. §. 1. de ſerv. præd. ruſt.* Item jus hoc ad certum uſum prædii concedi oportere: nam ſi conceſſum ſit ita, ut aqua quòcumque duci poſſit, non fundi, ſed perſonæ jus erit, *l. pen. eod. l. 1. §. præterea 12. de acq. quot.* Denique concedi poſſe ductum aquæ non tantùm præſentis & fluentis, ſed etiam quærendæ & nondum inventæ, *l. Labeo 10. eod. hoc tit. l. ult. ſi ſerv. vind. add. Vveſ. par. hoc tit. num. 2. Pet. Greg. 4. ſyntag. 15. Tulden. commen. ſup. de rer. div. cap. 11. fusè Cæpoll. de ſerv. ruſt. cap. 4. Chriſtin. vol. 5. deciſ. 83.*

TEXTUS.

De ſervitutibus urbanis.

1: *Prædiorum urbanorum ſervitutes ſunt hæ, quæ ædificii inhærent: ideò urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etſi in villa ædificata ſint. Item urbanorum prædiorum ſervitutes ſunt hæ, ut vicinus onera vicini ſuſtineat: ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere: ut ſtillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes ſuas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat; & ne altiùs quis tollat ædes ſuas, ne luminibus vicini officiat.*

NOTÆ.

1. *In villa ædificata*] *l. 1. comm. præd. leg. 198. l. 166. de verb. ſign.* Neratius *l. 2. P. R.* ſuo arbitratu loquitur, dum ſervitutem prætorio impoſitam ruſticam appellat, non conſiderato effectu juris, *arg. leg. 4. §. 1. D. in quibus cap. pig. tac.*

Item urbanorum] Ex Cajo *l. 2. P. V.* ubi & aliæ, *add. l. 1. l. 3. 16. eod.*

Onera vicini] Veluti ſi columna ædium tuarum onus ædium mearum ferat, & hìc tu, cujus ædes ſerviunt, columnam reficere debes, *l. 33. dict. tit. l. 6. §. 2. ſi ſerv. vind.* qua parte ſervitus hæc ſpuria, *leg. 15. §. 1. de ſervit.*

Vel non recipiat] Aut meo jure ſtillicidium non recipio, aut ſervitutis: meo jure, ſi non lege civitatis cuique permiſſum obverſa in alienum ſtillicidia habere: jure ſervitutis, ſi jure publico cuique permiſſum ſtillicidia ſua in alienum avertere. Ita meliùs, quàm Cujac. & Pac. Quid differant ſtillicidium & flumen, diſce ex *l. 20. §. 3. & ſeqq. de ſerv. ub.* Varr. *de lingua.*

COMMENTARIUS.

1 *Verum non eſſe, quod quidam tradunt, ſola ædificia habitandi cauſa parata urbanorum prædiorum numero cenſeri.*
2 *Prædia eorumque jura, ſi non ſimpliciter, ſed cum effectu juris conſiderentur, numquam loco diſtingui: ſed genere, uſu, fine.*
3 *Quid interſit inter ſervitutem tigni immittendi & oneris ferendi; item inter jus projiciendi & protegendi.*
4 *Quid ſtillicidium, quid flumen.*
5 *De ſervitutibus ſtillicidiorum & fluminum, tum avertendorum, tum non avertendorum.*
6 *An jus altiùs tollendi ſit aliquando ſervitus per ſe.*
7 *Confutatur latè ſententia Bachovii contendentis, jus altiùs tollendi & non tollendi eſſe unam eamdemque ſervitutem.*
8 *Plus eſſe in ſervitute ne luminibus officiatur, quàm vel in altiùs non tollendi, vel luminum.*
9 *Cujacii & Duareni opinio de ſervitute luminum refellitur.*

HOc §. agitur de ſervitutum prædialium ſpecie altera, prædiorum ſcilicet urbanorum: & ait Imp. eſſe quæ ædificiis inhærent, atque inde ſic dictas, quia omnia ædificia urbana prædia appellamus, etſi in villa ædificata ſunt: quod & alibi ſæpè traditum, *l. 1. com. præd. l. urbana familia 166. l. urbana prædia 198. de verb. ſign.*
Nimirum, ut ſuperiùs obiter monuimus, diſtin-
ctio hæc prædiorum non à loco ſumitur, ſed à 1
materia vel genere prædii, *dd. ll.* Sunt qui à fine
ſumptam putant, & ea ſola ædificia prædiorum
urbanorum numero eſſe, quæ parata ſunt habitandi cauſa; horrea autem, quæ ruri ædificantur ad fructus reponẽdos & cuſtodiendos, magis eſſe ut prædia ruſtica cenſeantur, *Cæpoll. de ſerv. urb. cap. 11. n. 2. Mynſ. Vveſ. ult. hic Broch. 1. aſſ. 93* Sed hoc rectè, meo judicio, quod ad propoſitam tractationem attinet, improbat Bachovius. Fac enim, alterum ex dominis, qui vicina aut contigua horrea habeant, alteri, cui fortè ad grana à paleis repurganda flatu venti opus ſit, ut fieri poteſt, *l. ult. 1. §. C. de ſerv.* ceſſiſſe ſervitutem altiùs non tollendi, aut jus alteri conſtituiſſe tigni immittendi in parietem horrei ſui. Hæ ſervitutes utique urbanæ dicendæ ſunt, non ruſticæ. Quid enim intereſt, horreum, an aliud ædificium altiùs non extollatur? In conſtituendo, in amittendo omnia eadem, idem juris effectus in opignerando, novo opere nunciando. Ratio autem non patitur, ut eadem ſpecie ſervitus nunc urbana, nunc ruſtica dicatur. Non eſt contrarium, quod ſcribit Neratius *l. 2. ſerv. præd. ruſt.* ruſtici prædii ſervitutem eſſe, *licere altiùs tollere & efficere prætorio vicini.* Nam prætorium ſignificat id ædificium, in quo dominus, ſi quando ruri eſt habitat, ſeparatum ab habitatione villici, ut conſtat ex Columella & Palladio. At tale prædiũ omnes urbanum eſſe fatentur. Atque ut demus, appella-

tio-

Digitized by Google

tione prætorii, non tantùm villam urbanam, ſed aliquando etiam ruſticam & fructuariam quoque ſignificat, ut putat D. Gœd. eò quòd Ulp. *d. l.* 198. *de verb. ſign.* diſtinctionis cauſa, cum prætoria urbanis prædiis admuneraт, videtur addidiſſe, *voluptati tantùm deſervientia*: tamen nemo tamen ineptus eſt, ut putet, Neratium *d. l. 2. de ſerv. præd. ruſt.* prætorii appellatione intellexiſſe villam fructuariam aut horreum, quod utique non eſt ſubjectum ſervitutis protegendi, cujus ille ibidem etiam mentionem facit. Cur igitur, inquis, Neratius ſervitutem prætorio impoſitam ruſticam appellat? nimirum quia ille arbitrio ſuo loquitur, non conſiderato juris effectu. Hoc ut perfectiùs intelligatur, ſciendum, prædia eorumque jura dupliciter conſiderari poſſe; vel ſimpliciter, qua conſideratione nihil prohibet ea loco diſtinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris, qua conſideratione loco nunquam diſtinguuntur. Cùm quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non in invectis à colono in prædium ruſticum, *l. 4. l. 7. §. in quib. ca. pign. tac.* urbana prædia accipimus etiam tabernas, ſtabula, quæ non ſunt in continentibus ædificiis, vel ipſo Neratio reſte, *d. l. 4. §. 1.* aliaque meritoria in vilis & vicis. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac cauſa prædia ruſtica habentur, *arg. d. leg. 198. de verb. ſign.* Item cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum 25. annis, quæ ſi ruſtica ſint aut ſuburbana oratione Severi ſine decreto prohibentur alienari, *l. 1. de reb. eor. qui ſub tut.* (quod conſtitutione Conſtantini ad urbana quoque prædia poſtea extenſum eſt, *l. 22. C. de adm. tut.*) prædia à fine & uſu diſtinguimus, & ruſtica quoque intelligimus, hortos olitorios & vinearios, qui in urbe ſunt, & villas fundi cauſa & propter opus ruſticum ædificatas: reliqua ædificia, ſtabula, meritoria, etſi ruri ſunt, pro urbanis habentur; ut & horti ædificiorum, unde nihil aut parum reditus, & multò magis area, *d. l. 198. de verb. ſign.* quo loco orationem illam Severi Ulpianus interpretatus eſt, *Cujac. 7. obſ. 24.* Simili modo de ſervitutibus, cum ſimpliciter quæritur, quorum prædiorum ſint, loco iiidem ut prædia diſtingui poſſunt; at cum quæritur de vi & effectu juris in iis conſtituendis, acquirendis, amittendis, pignerandis, novo opere eorum nomine nunciando, (vide obiter *leg. 1. l. 6. de ſerv. præd. urb. l. 6. leg. 7. §. 1. comm. præd. 11. §. ult. & l. ſeq. de pign. l. 5. §. & belle, 9. leg. 14. de op. nov. nunc.*) loci ratio nulla habetur: ſed quæ ædificiis inhærent, urbanæ, quæ locis puris, ruſticæ dicuntur. Et quia hac conſideratione neque ulla ædificia poſſunt eſſe ſubjectum ſervitutum ruſticarum, nec loca ædificiis vacua ſubjectum urbanarum, hinc factum eſt, ut in propoſito ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis ſunt, ſive ad uſum urbanum, puta ad habitandum, ad viatores recipiendos, aliumve quæſtum faciendum comparata ſint, ſive ad uſum ruſticum, ad fruges condendas & cuſtodiendas, & ſtabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe, & horti ad voluptatem comparati, prædia ruſtica, diſtinctione ſubjecti ad naturam ſervitutum accommodata. Hæc neſcio an quiſquam tam diſtinctè & lucidè.

Prædiorum urbanorum ſervitutes ſunt hæ] Et longè etiam plures: ſed harum commemoratio ſufficit ad declarandum id, quod dixerat, prædiorum urbanorum ſervitutes eſſe, quæ ædificiis inhærent. Donellus 11. *comm.* 4. etiam quæ hujus ſunt generis, in tres claſſes partitus eſt, ex triplici earum fine: quædam enim comparatæ ſunt ad ædes vicinas dilatandas, ut tigni immittendi, oneris ferendi, projiciendi, protegendi: quædam ad ædium interiorum commoditatem, veluti altiùs non tollendi, ne luminibus, ne proſpectui officiatur: quædam denique ad ædes exonerandas, cujuſmodi ſunt jus cloacæ immittendæ, fumi immittendi, fluminis & ſtillicidii avertendi in aream alienam. Pretium fuit, digito ſaltem hoc indicaſſe.

Ut vicinus onera vicini ſuſtineat, ut in parietem ejus liceat tignum immittere] Proponuntur hæ ſervitutes, ut ſpecies diverſæ: & ſanè differunt gradu. In imponenda ſervitute tigni immittendi hoc agitur, ut ex noſtro pariete liceat tignum, ξύλον ἢ δοκὸν, trabem immittere in parietem vicini, ita ut requieſcat, & vicini paries ſuſtineat onus immiſſi, nihil amplius, *l. modum 242. §. 1. de verb. ſign.* In ſervitute autem oneris ferendi hoc amplius eſt, quòd vicinus columnam, aut parietem, cui oneri ferendo eſt, reficere tenetur, & idoneum oneri ſuſtinendo præſtare, *l. eum 33. de ſerv. præd. urb.* qua parte ſervitus hæc degenerat & ſpuria eſſe agnoſcitur: quippe cùm contra naturam ſervitutum hoc ſit, ut quis cogatur aliquid facere in ſuo, *l. 15. §. 1. de ſervitut.* Qua ratione quoque jam olim Gallus putabat, non poſſe ita ſervitutem imponi, ut quis & onus ferret, & parietem reficeret. Sed obtinuit Servii ſententia contendentis, poſſe, *l. 6. §. 2. ſi ſerv. vind.* id quod in ſpecie propoſita viſum eſt, per conſequentiam recipiendum eſſe jus, quod principaliter agitur. Agitur autem hoc, ut jus ſit ædium mearum, onus in parietem vicini immittere; quæ ſervitus vix conſiſtere poteſt, niſi paries reficiatur & idoneus habeatur oneri ferendo. Hujus ejuſdem generis eſt jus projiciendi, *l. 1. & l. 2. de ſerv. præd. urb.* videlicet ut liceat ex noſtro tignum projicere in aream alienam, hoc eſt, ita provehere ſupra ſolum vicini, ut nuſquam requieſcat, præterquàm in pariete noſtro; ſive id fiat ædificii ſupra id projectum ponendi cauſa, ſive regendi parietis; ut plurimùm autem aliquid ſubſtituendi cauſa, puta mœniani aut ſuggrundæ, *d. l. malum 243. §. 1. de verb. ſign.* nam quod tegendi parietis cauſa ad umbram faciendam emittitur, aut arcendos imbres à pariete, protectum in ſpecie appellatur, *d. l. 1. & 2. hoc tit.* ita protectum à ſuggrunda diſtinguitur in edicto *de his qui de vel effud. l. 5. § prætor. ait 6.* Craſſus

error eſt eorum, qui ſervitutem projiciendi interpretantur jus abiiciendi vel effundendi quid in aream alienam, aquam puta, vel quiſquilias. *Capoll. c. 32. de ſerv. urb.* nulla enim talis ſervitus conſtitui poteſt, quæ quidem prædii ſit, *l. foramen. 28. hoc tit.* Atque hunc errorem quoque notat *Coraſ. 3. miſc. ult. num. 7. & 9.* Cæterum alium ille enarrat *n. ult.* ubi ne ſubordinatam quidem differentiam inter projectam & projectum agnoſcit.

Vt ſtillicidium vel flumen quis reiiciat, vel non recipiat] Hæ eædem ſervitutes ſunt, quæ dicuntur ſtillicidiorum & fluminum, *l. 1. de ſerv. præd. urb.* Inter ſtillicidium & flumen hoc intereſt, quòd ſtillicidium eſt, cum aqua pluvia ex tecto ſtillatim & guttatim cadit, *drop*; flumen, cum fluxu & per imam ædium partem more fluminis effunditur, *uvaterloop. Varo 4. de ling. Paul. ſer. vitutes. 20. §. 5. & ſeqq. de ſerv. præd. urb.* Itaque ſtillicidii recipiendi ſervitus dicitur, qua vicinus ferre cogitur, ut aqua pluvia ex tecto meo in ſuas ædes cadat: fluminis verò, qua pati cogitur, ut acqua eadem in alveum aut canalem recepta in ſuas ædes cum impetu feratur; unde hæc, quàm illa, gravior; & proinde *Paul. d. l. ſervitutes 26. §. ſtillicidium, 5.* ait, *ſtillicidium inferius demitti non poſſe, ne gravior fiat ſervitus, & pro ſtillicidio flumen: altius tolli poſſe, quia levior eo modo fiat, cùm, quod ex alto, lentius cadat, & interdum ventis direptum non perveniat ad locum ſervientem.* Duplex autem eſt ſtillicidii & flumi-
5 nis ſervitus, *ut oſtendit hic locus & l. 2. eod.* una avertendi, altera non avertendi ſtillicidii aut fluminis: quarum illa comparata eſt ad ædes exonerandas, hæc ad interiorem ædium commoditatem pertinet: Avertendi ſtillicidii eſt jus ſtillicidia noſtra derivandi in ædes aut aream vicini, ut vicinus ſtillicidium noſtrum recipere cogatur in ædes ſuas, vel in aream aut claram *d. l. 2. & hoc text.* Stillicidia non avertendi jus eſt, quo vicinus ſtillicidium ædium ſuarum in aream vel cloacam vicini avertere prohibetur aut non tenetur vicinus ſtillicidium vicini in ſuum recipere. Sanè quidem jure communi nemo cogitur ſtillicidia vicini recipere, licetque nobis jure libertatis rei noſtræ vicinum prohibere, ne ſtillicidia ſua in noſtrum immittat. Cæterum ſicubi conſtitutio ædificiorum talis eſt, ut lege aut conſuetudine civitatis unicuique permiſſum ſit ſtillicidia ſua obverſa habere in alienum, vicinique jure publico ea recipere cogantur, ſic, ſi velimus nobis jus eſſe prohibendi vicinum ſtillicidia ſua in noſtrum avertere, neceſſe eſt, ut id jus vicinus nobis conſtituat, ſuæque rei hanc ſervitutem imponat: quod quamobrem & quàm rectè dicatur, mox certiùs intelligetur, cum de ſervitutibus altiùs tollendi & non tollendi diſputabimus. Similiter ſervitus fluminis avertendi eſt jus fluminis immittendi in alienum: non avertendi ſervitus, qua vicinus flumen, quod alioqui lege vel conſuetudine civitatis liceret, avertere in alienum prohibetur. Ita rectè *Don. 12. c. 4. Bocer. & Vuning. hic.* Aliis verò ſervitus ſtillicidii aut fluminis non avertendi eſt, qua vicinus avertere cogitur ſtillicidium, aut flumen ædium ſuarum in aream vicini, ut aqua in ciſternam ejus recipiatur, vel hortum irriget: qua conſtituta agi poſſit cum domino ædium ſervientium, jus ei non eſſe ſtillicidia avertere, atque ut tegulas, canaleſque aut tubulos, per quos aqua labitur, ſuis expenſis reficiat. *Capoll. cap. 28. & ſeq. de ſerv. urb. Pet. Greg. 4. ſyntagm. 9. n. 7.* Sed hoc minùs placet: quia non pro commodo, ſed pro onere paſſim habetur, ſtillicidium aut flumen alienum recipere: & præter naturam ſervitutum eſt, ut quis aliquid facere cogatur in ſuo.

Et ne altiùs quis tollat ædes ſuas] Hæc ſervitus ob eum maximè finem conſtituitur; ne luminibus vicini altiùs ædificando officiatur. Nam cùm unicuique jure naturæ in ſuo quidvis facere liceat, dum in alienum nihil immittat; *l. 8. §. Ariſto. 5. ſi ſerv. vend.* eique conſequens ſit poſſe unumquemque in area ſua ædificare in infinitum, ædeſve antea poſitas altiùs tollere, etiamſi vicino incommodet, lumina ejus obſcurando, quod & traditum eſt *leg. 9. l. 14. l. cujus 24. de ſerv. præd. urb. l. 8. C. de ſerv.* hoc incommodum non aliter vitari poteſt, quàm ſi à vicino impetremus, ut hanc ſuis ædibus ſervitutem imponat, ne altiùs tollantur: qua impoſita ſi nihilominùs altiùs ædificet, jam rectè cum eo agam, jus ei non eſſe ædes ſuas altius tollere; quæ intentio eſt actionis confeſſoriæ, qua ſervitus hæc, quæ dicitur altiùs non tollendi, vendicatur, licèt verborum figura videatur negatoria, *l. 4. §. ult. ſi ſerv. vend.* Crebra eſt hujus ſervitutis mentio, ut in *l. 2. l. 12. de ſerv. præd. urb. d. l. 4. §. ult. l. 7. §. 1. com. præd.* Hic autem magna oritur difficultas. Nam ſi cuivis liceat ædes ſuas extollere, idque naturaliter & jure libertatis rei ſuæ, ut nulla in eam rem opus ſit conſtitutione ſervitutis, qui fit, quòd inter ſervitutes prædiorum numeretur etiam jus altiùs tollendi? Hoc enim nullam videtur habere rationem: contraria quippe ſunt libertas & ſervitus. Et, ſi, non licere altiùs tollere, ſervitutis eſt, licere altiùs tollere, libertatis erit. Et tamen negari non poteſt, quin veteres non minùs jus altiùs tollendi, quam non tollendi, inter ſervitutes retulerint. Factum id compluribus locis à Paulo *l. 1. de ſerv. præd. urb. l. 7. §. 1. comm. præd.* à Gajo *l. 2. de ſerv. præd. urb.* Neratio, *l. 2. de ſerv. præd. ruſt.* Juſtiniano. *§. 2. inſ. de act.* Tota verò difficultas in eo eſt, ut exempla proferantur, quibus oſtendatur, jus altiùs tollendi quandoque inter ſervitutes rectè numerari. Etenim huic rei demonſtrandæ minimè idonea ſunt quæ afferuntur à Gloſſa, *Bart & DD. in l. 2. de ſerv. præd. urb.* quæ ipſis prima eſt: nec item quæ à Gloſſ. *Dyn. Iaſ.* & aliis *ad §. 2. inſ. de act.* ut videre eſt in noſtra illius loci interpretatione Neque verum eſſe puto, quod *Cujac. Vveſ. in d. §. 2. & vult. diſc. 5.* contendunt, jure ſervitutis conſtitutæ ædes altiùs tolli, cum antea conceſſo

aut

Digitized by Google

ſut longa quaſi poſſeſſione quæſito contra vicinum jure altiùs non tollendi, rurſus el altiùs tollendi poteſtas conceditur. Hoc enim caſu perinde res in priſtinam libertatem redit, ac ſi pacto ſervitus remiſſa eſſet, ut eodem loco abundè oſtendimus. Primus veterum interpp. Jo. Faber in *d.* §. 2. rem vidit, & digito monſtravit, præeunte tamen Gloſſa, *in l. qui luminibus* 11. *de ſerv. urb. præd.* ut obſervavit Cæpolla & explicuit *c.* 26. *n.* 2. *de ſerv. urb.* ſed ille longiùs excurrit, & multa aliena miſcet. Rectius & apertius recentiores, Zaſ. Baro. Mynſ. Donel. Fabri veſtigiis inſiſtentes, ſic rem proponunt & declarant. Si de poteſtate ædificandi in ſuo nihil jure publico cautum ſit, jus ædificandi ajunt eſſe jus libertatis noſtræ, & licere cuivis civi, ſuo & publico jure quàm altiſſimè ædes ſuas tollere, etiamſi obſcuret vicinas. Si verò alicubi lege civitatis certa ædificiorum forma atque altitudo præſcripta eſt, quam excedere ædificando invito vicino non liceat, hic jus ædificandi hactenus quidem adhuc liberum eſſe & juris publici, ut ſi intra definitum altitudinis modum conſiſtatur, adhuc liceat ædificare cum incommodo vicini, *d. l. qui luminibus*. Cæterum ſi ſupra eam altitudinem ædes extollere, v. c. ad 5. vel 6. pedes, velimus, quod jam jure publico invito vicino facere non licet, ut id nobis liceat, à vicino impetrandum eſſe, *l. pen.* §. 1. *Cod. de ædif. priva.* eoque conceſſo, jus altiùs tollendi vicino ſervitutem eſſe, utpote qui jam incipiat pati in ſuo, quod antea pati jure publico non cogebatur; nobis jus, ſed impoſitivum & conſtitutum à vicino, quod vindicetur hac formula confeſſoria; *Ajo, mihi jus eſſe ædes meas altiùs tollendi invito te. d.* §. 2. *inſ. de act.* ubi pleniùs hoc expoſui, atque ex Tacito aliiſque auctoribus, & textibus juris noſtri demonſtravi, etiam in ipſis urbibus, in quibus ſedes imperii fuit, Romæ ſcilicet & Conſtantinopoli, jam olim certum fuiſſe ædificiorum altitudini præſcriptum modum, ut mirum non ſit, jureconſultos, ad ſtatum illum reſpicientes, jus altiùs tollendi inter ſpecies ſervitutum numerare. Adde, quòd certo ſtatu ædificiorum conſtituto hæc ſervitus etiam quæri poteſt præſcriptione, ſi videlicet quis contra veterem formam longo tempore ædificatum habuerit, & nec vi, nec clam, precario poſſederit, *l.* 1. *C. de ſerv.* Poterat hic conſiſti, niſi nobis negotium faceſſeret Bachovius, qui in *not. ad Treutl. vol.* 1. *diſput.* 17. *theſ.* 2. *& in comm. ad hunc*, §. *&* §. 2. *infr. de act.* hanc etiam Neotericorum ſententiam penitus explodit, contendens, jus altiùs tollendi & altiùs non tollendi non duas, ſed unam eamdemque ſervitutem eſſe, quæ aut diverſa conſideratione diverſis nominibus appelletur, atque ex parte ſervitutem ſibi aſſerentis dicatur jus altiùs non tollendi, ex parte negantis altiùs tollendi; aut potiùs jus altiùs tollendi impropriè ſervitutum numero adſcribi, atque ita appellari tantùm reſpectu vicini, qui me altiùs ædificante ipſe contra ædificare & luminibus meis officere, jure conſtituta ſervitute, non poteſt. In ſumma, jus altiùs tollendi ex catalogo ſervitutum expungendum eſſe, & quoties ejus mentio fit, jus contrarium ſignificari, videlicet altiùs non tollendi. Satis hercule confidenter: videamus, quàm verè: Cajus *l.* 2. *de ſerv. præd. urb.* ex profeſſo ſpecies urbanarum ſervitutum enumerans ſic orditur: *Iura prædiorum urbanorum ſunt, altiùs tollendi & officiendi luminibus vicini*: deinde ſubjungit, *aut non extollendi.* Hic ſi Bachovio credimus, Jureconſultus non duo inter ſe diſtincta jura ſignificat, ſed unum dumtaxat, altiùs non extollendi, quod ſolùm ſit ſervitus. Pauli *l.* 7. §. *comm. præd.* hæc verba ſunt; *Servitus alienis ædibus imponi p. eſt, ut altiùs tollere vel non tollere liceat.* Hoc Bachovius ſic accipit quaſi alterum tantùm Paulus expreſſiſſet, ut ne liceat altiùs tollere. Sed profectò ſi hoc Bachovio concedimus, ſummæ inſcitiæ inſimulamus Jureconſultos, qui ex uno jure duo faciunt, atque inter ſe ut ſervitutes diverſæ ſpeciei, tam apertè opponunt. Itaque ut evidentiùs demonſtremus errores Bachovii, putat ille, jus altiùs tollendi per ſe ſervitutem nunquam eſſe, ſed hoc nomine appellari relatione facta ad vicinum, cujus ædibus impoſita ſit ſervitus altiùs non tollendi; propterea quod hac ſervitute mihi conſtituta jus altiùs tollendi, quod per ſe quidem ſemper ſit libertatis, ſed inutile mihi aliàs reddi vicino contrædificante poterat, nunc pleniore jure, & effectu conſequor. Hoc verò falſum eſſe oſtendunt, quotquot ſunt loci, in quibus jus altiùs tollendi inter ſervitutes numeratur, ut in *l.* 2. *de ſerv. præd. ruſt. d. leg.* 2. *de ſerv. præd. urb. d. l.* 7. §. 1. *comm. præd.* §. 2. *inſ. de act. l.* 1. *Cod. de ſerv. & aqua*. Quibus omnibus loci palam eſt, jus altiùs tollendi non ea ratione ſervitutem dici, aut ex eo æſtimari, quod alter facere non poteſt in ſuo; ſed ex eo ſimpliciter, quod alterum facientem jure impoſito pati cogitur. Hoc enim ipſum, licere altiùs tollere officere luminibus vicini, jus prædii & ſervitus appellatur, jus reſpectu, cui id facere licet, ſervitus reſpectu vicini, qui id pati cogitur. Ac proindè ſi cui hujus juris controverſia fiat, licebit ei hoc vendicare hac formula; *Ajo mihi licere ædes meas altiùs tollere.* Quæ & vi & verbis confeſſoria eſt, *d.* §. *infr. de act.* Idque evidentiſſimè confirmatur *d. l.* 1. *C. de ſervit.* quo loco cùm quæſitum eſſet, an in eum, qui contra veterem formam ædificaſſet, ut luminibus vicini officeret, competeret vicino actio negatoria, qua intenderet, jus non eſſe adverſario ædes ita ſublatas habere, reſpondet Imp. competere: ſed addit hanc exceptionem, *niſi quis longo tempore ita ædificatum habuerit.* Quippe longi temporis conſuetudinem vicem obtinere ſervitutis. Quòd ſi igitur jus altiùs ædificandi contra formam ædificiorum præſcriptione quæſitum ſervitus eſt, nobiſque defendi & actione confeſſoria vindicari poteſt, idem quoque jus, pactionibus eodem modo conſtitutum, ſervitus erit, non jus li-

Digitized by Google

bertatis; eoque nomine confeſſoria, non negatoria agendum. Miror autem judicium Bachovii, qui his argumentis probari exiſtimat, jus altiùs tollendi pro jure impoſititio aut ſervitute cenſeri non poſſe; primùm quia ſervitutum non ea natura eſt, ut aliquis faciat quid in ſuo, ſed ut aut non faciat, aut alium facientem patiatur. Secundò quia omnis ſervitus efficit, ut prædium ſerviat: at ædes, quas ex pactione contra uſitatum modum tollere licet, nullo modo dici poſſe ſervire. Poſtremò quia ſervitus omnis onus prædii eſt, jus dominantis augens, ſervientis minuens. A conceſſione juris altiùs tollendi etiam ſervienti prædio reſtitui libertatem. Manifeſtus enim in his omnibus error eſt παρὰ τὴν ἄγνοιαν τῦ ἐλέγχου. Nam non quæritur, an jus altiùs tollendi contra præſcriptum modum ſit ſervitus in eo, cui id jus conceſſum: hujus enim reſpectu jus eſt, quod ſervitutem facit; nihil minùs, quàm ſervitus; & omnis ſervitus eſt in alieno: ſed hoc: an non in eo, qui jus hoc alteri conſtituit, ſervitus ſit: an non ille pati aliquid cogatur in ſuo, videlicet luminibus ſuis officі, quod antea pati jure publico non cogebatur, an non ille eo pacto ſuum prædium ſervire faciat, jus ſui prædii minuat, alterius augeat. Hoc verò eſt, quod nos aſſerimus & abundè probaſſe exiſtimamus. Stet igitur hæc ſententia, jus altiùs tollendi nonnumquam eſſe jus libertatis noſtræ nonnũquam impoſititium ſeu ſervitutem, activè aſpectu ejus, cui debetur, paſſivè in eo, qui debet. Utrum autem horum ſit, ejus rei dijudicationem pendere ex eo, quod cuique jure publico in ſuo facere ædificando liceat, aut non liceat.

Ne luminibus vicini officiat] His verbis non videtur hoc loco nova demonſtrari ſervitus, ſed finis propoſitæ: eſt enim hic præcipuus finis ſervitutis altiùs non tollendi, ne luminibus noſtris officiatur; qui ob id etiam plerumque ſimul exprimi ſolet, *l. 2. de ſerv. urb. l. 2. de ſerv. ruſt.* quamquàm & alius dari poteſt, ne ſcilicet in ædes aut aream noſtram proſpectus pateat. Porrò quod ait, ne luminibus officiat, ſic accipiendum eſt, ne officiat altiùs ædificando; non etiam ne alio modo, veluti arbore poſita, ut quàm mini-
8 mum recedatur à libertate naturali. Quamobrem hoc plus erit in ſervitute, ne luminibus officiatur, quàm in illa, ne ædes altiùs tollantur, *l. 12. l. inter. 15. & 2. ſeqq. de ſerv. præd. ruſt.* A ſervitute ne luminibus officiatur, parum differre videtur ſervitus quæ luminum dicitur; atque ut hæc magis reſpicit novam luminum conſtitutionem, ita illa conſervationem eorum quæ jam ſunt *l. 4. eod.* niſi fortè dicendum ſit, in ſervitute luminum hoc minus eſſe, quàm in altera, quod qui hanc debet, altiùs ædificare non prohibeatur, aliaque facere, modò tantum luminis vicino relinquat, quantum ad uſum diurnum ſufficiat: qui autem ſervitutem debet, ne luminibus officiatur, nihil omnino facere poſſit, quo lumen minuatur, etiamſi vicini ædes luminibus abundent: quæ ſententia eſt Pauli Caſtr. in *dict. l. 4.* probata à Capoll. *cap. 35. de ſerv. urb. arg. de l. inter. 15.* & eodem teſte communiter recepta. Aliter *Cujac. 1. obſ. 13. & Duar. 1. diſp. 33.* ſervitutem luminum accipiunt, nimirum jus luminum noſtrorum in alienum immittendorum, quo efficiatur, ut liceat nobis aperto pariete noſtro feneſtras in eo poſitas habere luminis excipiendi gratia. Sic enim illi interpretantur, quod Paulus ſcribit *d. l. 4. Luminum ſervitute conſtituta id acquiſitum videtur, ut vicinus lumina noſtra accipiat.* Verùm hæc ſententia impingit in notiſſimum illud juris principium; *Unumquemque in ſuo quidvis facere poſſe, vel cum incommodo alterius, modò in alienum nihil immittat, l. 8. §. Ariſto. ſi ſerv. vind. l. 9. de ſerv. præd. urb. l. 8. C. de ſerv. & aq.* Neque enim in alienum quicquam immittit, qui ſuum parietem aperit, & in eo feneſtram ponit: proinde ſuo quiſque jure facere poteſt, licèt id vicino moleſtum ſit, nec ad eam rem indiget conſtitutione ſervitutis. Verborum autem Pauli, ut vicinus lumina noſtra excipiat, non hic ſenſus eſt, qui à Cujacio & Duareno his affingitur: ſed hic, ut ita excipiat, ne quid contra erigat in ſuo, quo lumina præcludantur; quod alioqui ſervitute non conſtituta ſuo jure facere poſſet, *l. 9. de ſerv. præd. urb.* Imò verò, inquiunt, qui feneſtram in ſuo ponit, aliquid immittit in alienum, quod non licet citra conſtitutionem ſervitutis; immittit enim oculos. At teſtimonio Xenocratis, μηδὲν διαφέρειν ἢ τοὺς πόδας, ἢ τοὺς ὀφθαλμοὺς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι, auctor *Plutarch. lib.* περὶ πολυπραγμοσύνης. Ego verò judico, hanc objectionem indignam eſſe tantis viris, nec debuiſſe eos, quod à Xenocrate figuratè dictum eſt in homines curioſos, qui ſe ubique contra rationem officii ingerunt, abuti ad demonſtranda dogmata diſciplinæ juris civilis. Nihil autem in contrarium facit *l. pen. eod.* quia apertè loquitur de pariete communi, in quo conſtat nihil licere facere invito ſocio, *l. 8. liquidam 13. l. in re 26. eod. l. Sabinus. 28. com. div.* Illud conſtat, diverſam eſſe à ſuperioribus ſervitutem proſpectus, ſeu ne proſpectui officiatur: nam ſervitute proſpectus hoc continetur, ne quid nobis efficiatur ad gratiorem proſpectum ac liberum, & cum lumen tantùm ſit ex loco ſuperiore, proſpectus ex locis inferioribus eſſe poteſt, *l. 3. l. 12. l. 15. & ſeq. de ſerv. præd. urb.* Sunt qui putant, etiam ſervitutem proſpectus ut diverſam gradu à ſervitute ne proſpectui officiatur diſtinguendam eſſe, eadem ſcilicet ratione & proportione, qua præcedentes luminum, & ne luminibus officiatur. Moribus ferè harum regionum aut legibus municipalibus vetantur feneſtram facere, unde directo proximè & de plano proſpiciatur in aream vicini, præſcripto certo ſpatio, quo diſtare hujuſmodi feneſtræ à pavimento vel tabulato debeant.

Tit.

Digitized by Google

TEXTUS.

De reliquis ſervitutibus ruſticis.

2. *Inter ruſticorum prædiorum ſervitutes quidam computari rectè putant aquæ hauſtum, pecoris ad aquam appulſum, jus paſcendi, calcis conquendæ, arenæ fodiendæ.*

NOTÆ.

2 *Computari rectè*] *L. 1. §. 1. l. 2. §. 1. & 2. l. 3. §. ultim. l. 4. l. 6. in fin. leg. 9. P. R.* Itaque corruptus procul dubio eſt locus Ulp. *l. 14. §. ult. verſ. nam & hauſtus*, & ita reſtituendus: *Nam & hauſtus aquæ, & pecoris ad aquam appulſus eſt ſervitus: perſonæ tamen ejus, qui vicinus non eſt, utiliter relinquitur.* Res ipſa loquitur.

Aquæ hauſtum] Cui hauſtus conceſſus eſt, ei quoque iter conceſſum videtur ad hauriendum, *l. 3. §. ult. P. R.*

Pecoris ad aquam appulſum] Jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fundi cauſa habentur, ad aquam alienam.

Arenæ fodiendæ] Sunt & aliæ id genus, *l. 3. §. 1. & 2. l. 5. l. eod. 14. §. ult. in fin. de alim. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur & emendatur locus Ulpiani in l. Mela, §. ult. de alim. legat.*

DOcendi ratio poſtulabat, ut hic §. protinùs ſubjiceretur principio hujus tit. dilata tantiſper tractatione ſervitutum urbanarum, cùm à ruſticis cœptum eſſet. Sed hoc tanti non eſt, ut ob id maledictis impetēdus ſit Tribonianus, quaſi temetum, cùm hæc ſcriberet, bibiſſet: nollemque eò proterviæ proceſſiſſe etiam viros cæterùm incomparabiles. Verùm age. Ait Imp. inter ſervitutes ruſticorum prædiorum rectè computari aquæ hauſtum, pecoris ad aquam appulſum, &c. Aquæ hauſtus eſt jus aquæ hauriendæ ex puteo, vel fonte vicini, ad prædii noſtri vel familiæ ruſticæ uſum, & commoditatem. Qui hauſtum habet, iter quoque ad hauriendum habere videtur, ſive ei jus hauriendi & ſimul adeundi ceſſum ſit, ſive hauriendi tantùm. Sed etſi tantùm adeundi ad fontem, placuit ineſſe & hauſtum. Cæterum ex flumine publico, cùm ſine ſervitute cuivis haurire liceat, hauſtus fruſtra conceditur, iter cedi debet, *l. 3. §. ult. de ſerv. præd. ruſt. Cæpol. c. 7.* Pecoris ad aquam appulſus eſt jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fructuum fundi cauſa habentur, ad aquam alienam. Utrumque autem hoc jus paſſim refertur inter ſervitutes prædiorum ruſticorum, *l. 1. §. 1.*
1 *leg. 2. §. 1. l. 3. §. ult. l. 4. l. 6. in fin. de ſerv. præd. ruſt.* Cæterum objici ſolet reſponſum Ulpiani *l. Mela 14. §. ult. de alim. legat.* quo loco aquæ hauſtus, & pecorum ad aquam appulſus dicuntur eſſe ſervitutes perſonarum: ſic enim in omnibus codicibus locus iſte legitur; *Nam & hauſtus aquæ & pecoris ad aquam appulſus eſt ſervitus perſonæ: tamen ei, qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur.* Verùm hic locus, ſi ullus in libris noſtris, manifeſtè corruptus eſt, idque cuivis, qui modo propiùs eum conſideret, facilè erit deprehendere. Laborat autem duplici vitio; primum quia mendosè interpunctus eſt; deinde quia omiſſa eſt negatio in poſtremis verbis: omninòque ita reſtituendus eſt; *Nam & hauſtus aquæ & pecoris ad aquam appulſus eſt ſervitus; perſonæ tamen ejus, qui vicinus non eſt, non inutiliter relinquitur*, vel detracta privativa, *utiliter*. Niſi etiam ita legamus, *μηδὲν ὑγιὲς*, nec ſententia loci, nec ratio juris de his ſervitutibus conſtabit, nec quicquam in eo loco erit, quod cohæreat. Conſulebatur Jureconſultus de fideicommiſſo, quo aqua relicta erat ei, qui vicinum prædium non habebat; reſpondet, utile eſſe fidei commiſſum, nec obſtare, quòd aqua hæc relicta proponebatur non poſſeſſori vicini prædii: nam quod perſonæ relinquitur, ut in propoſito aqua, id non vicino quoque rectè relinqui, quantumvis tale ſit, quod regulariter jus prædii cenſetur. Argumento eſſe aquæ hauſtum, & pecoris ad aquam appulſum, quæ cùm natura ſua ſervitutes prædiorum ſint; tamen ei, qui vicinus non ſit, utiliter conſtituantur: non utique ut jura prædii, ſed perſonæ: quod etiam toties actum intelligitur, quoties res geſta eſt inter duos, qui vicina prædia non habent, qua de re monuimus in explicatione rubricæ ſub finem.

Vinnius in Inſtitut.

Pecoris paſcendi] *D. l. 1. §. 1. l. 3. pr. l. eod.* ſervitus paſcui dicitur, *l. 6. in fin. eod.* Eſt autem jus paſcendi pecora in fundo alieno. Si plurium commune eſt, jus compaſcui appellatur, *l. pen. §. 1. ſi ſerv. vend.* Hinc ager compaſcuus, in quo vicinis jus eſt communiter paſcendi. Feſt. in voce *Compaſcuus.* Cic. *in Top. Si compaſcuus eſt ager, licèt compaſcere.* Cæterum ita pecoris paſcendi jus ſervitus prædii videtur, ſi fructum fundi cauſa pecora habeantur, *d. l. 4. eod.* quod ita ſit, ſi ſint boves aut jumenta, per quæ fundus colitur, *dict. l. 3. in pr.* Semper enim hoc tenendum eſt, ſervitutem prædii non poſſe conſtitui ultra quàm ad prædium ipſum opus eſt, *l. 5. eod.* Idem tamen dicendum erit, ſi oves ſint, aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum; caſeum conficiendum, quibus ad victum familiæ ruſticæ utamur. Qui ſervitutem paſcui habet, aut pecoris appellendi, ei etiam talis conſtitui poteſt, ut tugurium ibi habere liceat, ut ſi hiems ingruerit, habeat quo ſe recipiat, *d. l. 6. in fin. eod.* De jure paſcendi, latè *Cæpl. cap. 9. de. ſervit. præd. ruſt. Schneid. hic num. 28. & ſeq.*

Calcis coquendæ, arenæ fodiendæ] *D. l. 1. §. 1.* item lapidis cædendi, cretæ eximendæ, pedamenta ad vineam ex vicini prædio ſumendi, *d. l. 3. §. 1. & 2. l. 5. l. 6. eod.* Omnes autem, quæ hujus generis ſunt ſervitutes, eò pertinent, ut quid ex alieno ſumere liceat, quod transferatur ad uſum prædii noſtri. Eò autem etiam illud contineri intelligitur,

quod confertur in familiam ruſticam & pecora, quæ fundi colendi cauſa habentur, *d.l.3.in pr.l.4.l.5.& 6.eod.* Sed & ſi quid in alieno facere nobis commodum ſit, quod pertineat ad fructus prædii noſtri exprimendos, meliùſve habendos, placet, etiam ejus rei ſervitutem prædialem rectè conſtitui, quaſi ad prædii utilitatem & hoc pertinear, quod pertinet ad fructus commodè ad uſum habendos, quippè quorum cauſa prædium ipſum habetur. Hujus generis ſunt jus præli ſive torcularis, ut mihi liceat uvas vineæ meæ, aut olivas oliveti exprimere in tuo; jus area tua utendi ad exprimenda frumenta aut legumina; item ut fructus in vicini villa cogantur, coactique habeantur, *l.14.§.ultim.de alim.leg. 3. §. 1. de ſerv. præd. ruſt.*

TEXTUS.

Qui ſervitutem debere vel acquirere poſſunt.

3. *Ideò autem hæ ſervitutes prædium appellantur, quoniam ſine prædiis conſiſtere non poſſunt. Nemo enim poteſt ſervitutem acquirere urbani vel ruſtici prædii, niſi qui habet prædium, nec quiſquam debere, niſi qui prædium habet.*

NOTÆ.

3. *Ideò hæ ſervitutes*] Ex Ulp. *l. 1.1. §. 1.l.6. comm. præd.*

Niſi qui prædium habet] Nam & à prædiis debentur hæ ſervitutes, & debentur prædiis. Sed & vicina eſſe prædia oportet, *l. 5. §. 1. P.R. l.38.& ſeq.P.V.* ut tamen inter medium prædium non officiat, ſi non impediat uſum ſervitutis, *l.7. §.ult. l. ult.P.R.l.1.P.V.R.l.1.P.V.leg.7.§.1.comm. præd.*

COMMENTARIUS.

AGitur hic de ſubjecto ſive materia ſervitutum prædialium, id eſt, de rebus, in quibus conſiſtunt, & à quibus ob eam cauſam nomen quoque acceperunt. Sunt autem hæ res non omnes, ſed immobiles tantùm, ſive res ſoli, quæ uno nomine prædia appellantur. Sive enim rem ſpectes, quæ ſervitutem habet, ſive id, cui debetur, utrinque prædia eſſe neceſſe eſt: hinc ut fit, cui imponatur ſervitus: illinc ut ſit, cui acquiratur: unum ut ſerviat, alterum ut dominetur. Quamobrem nemo poteſt prædio ſervitutem vel imponere, vel acquirere, niſi qui habeat prædium, hoc eſt, qui prædii dominus ſit, *leg.1.§.1.l.6.comm.præd. & hoc text.* Domini autem appellatione etiam emphyteutam & ſuperficiarium comprehendimus, tam in perſona conſtituentis, quàm acquirentis, *l.1.§.ult.de ſuperfic.l.1. §. 1. ſi ag. vect.* Cæterum his obſtare videtur, quod traditur, *l.10.de ſerv.præd. ruſt. l.ſi ſervitus, 23. §. 1.de ſerv. præd. urb.* futuro quoque ædificio ſeu nòdum ædificato ſervitutem vel imponi vel acquiri poſſe; ſiquidem ejus ædificii, quod nondum eſt, nemo poteſt dici dominus. Sed facilis reſponſio eſt, nimirum hic quoque conſtitutionem ſervitutis referri ad prædium, ſed ſervitutis jus eſſe in ſuſpenſo, donec ædificium extruatur, in quo conſiſtat, quaſi ſub tacita conditione conſtiturum. Eadem ratione & fidejuſſor dicitur futuræ obligationi accedere poſſe, *l. 6. §. ult. de fidejuſſ.§.3. inf. eod.* non quidem hoc effectu, ut antequàm reus debeat, fidejuſſor conveniri poſſit: ſed ut demum fidejuſſio vim ſuam exerat, cùm principalis obligatio, cujus illa acceſſio eſt, fuerit ſubſecuta, *l. fidejuſſor.57.eod.* De vicinitate prædiorum & utilitate dominantis actum eſt ſub rubris.

TEXTUS.

Quibus modis ſervitus conſtituitur.

4. *Si quis velit vicino aliquod jus conſtituere, pactionibus atque ſtipulationibus id efficere debet. Poteſt etiam quis teſtamento hæredem ſuum damnare, ne alius tollat ædes ſuas, ne luminibus vicini officiat: vel ut patiatur eum tignum in parietem ſuum immittere, ſtillicidiumve adverſus eum habere: vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.*

NOTÆ.

4. *Pactionibus*] Idoneis ad dominium transferendum. Non ſolis autem pactionibus ſervitutes noſtræ fiunt, *l.3.D.de obl.& act.* ſed tunc cùm ſecuta eſt traditio naturę harum rerum conveniens, *l ult.D. de ſerv. l.1. in fin. P.R.l.11. §. 1. de publ. in rem. act.* Pactiones tituli ſunt & cauſæ acquirendi remotiores, modus acquirendi & cauſa proxima traditio, *§. 40.ſupr.de rer. diviſ.l. 20. C. de pact.*

Ne tollas, ut patiatur] His verbis exprimitur natura ſervitutum, *l. 5. §. 1. D. de ſerv.* ſumpta hæc ex *l. 16. com. præd.*

COMMENTARIUS.

1 *Communi prædio ab uno ex dominis neque conſtitui neque acquiri ſervitutem poſſe.*
2 *Non nudis pactionibus, quantumvis ad transferendum comparatis, ſervitutem acquiri, ſed facto aliquo, quod traditionem repræſentet.*
3 *Suprema voluntate ſervitutem conſtitui ipſo jure.*
4 *Quemadmodum uſu & poſſeſſione noſtra ſervitus capiatur.*
5 *Explicatur latiùs, quod de conſtitutione & acquiſitione ſervitutis dictum eſt, n.2. & refutatur ſingularis Bachovii opinio.*
6 *Quibus modis ſervitutes amittantur.*

FAlsò Mynſ. & Pac. exiſtimat, hoc loci materiam tradi, ex qua ſervitutes prædiorum con-

Digitized by Google

conſtituantur: conventio enim & ultima voluntas non materiæ, ex qua, ſed cauſæ efficientis rationem habent, cùm ſint ſervitutum conſtituendarum modi. Eſt autem inſignis hic locus, dignuſque, in quo explicãdo pluſculum operæ ponatur. Servitus prædii à lege non conſtituitur: ſed poteſt re exigente à judice conſtitui in judiciis familiæ erciſcũdæ & communi dividundo, in pluribus prædiis dividendis, unum uni, alterum alteri adjudicante, & unum alteri ſervum faciente, *l. item Labeo*, 22. *§. 3. fam. erc. l. ut fundus*, 18.
1 *com. div.* Extra hunc caſum à ſolo prædii domino conſtituitur. Cæterum & longa quaſi poſſeſſione noſtra acquiritur. De domino jam aliquid dictum §. præc. Addo nunc hoc etiam exigi in conſtituente, ut ſit dominus prædii totius, non pro parte indiviſa; communi prædio unum ex dominis ne pro parte quidem ſua ſervitutem imponere poſſe, *l. 2. de ſerv. l. unus de ſerv. ruſt.* niſi fortè pariter omnes cedant: tunc enim omnes non alienæ, ſed ſuæ parti ſervitutem imponunt. Quòd ſi diverſo tempore id fiat, noviſſima ceſſione ſuperiores confirmantur, *l. 6. §. 1. l. ultim. comm. præd. l. 11. de ſerv. præd. ruſt.* Benignè quoque propter conventionem receptum eſt, ut qui ante ceſſit, vetare me uti jure ceſſo non poſſit, *d. l. 11.* Quæ omnia etiam in perſona acquirentis ſervantur: nam nec acquirere quiſquam prædio ſervientem poteſt, niſi qui ejus prædii ſolus ſit dominus, *l. 1. §. 1. l. 5. l. 6. in fin. l. 8. comm. præd.* & in pluribus acquirentibus eadem diſtinctio eſt, quæ in pluribus conſtituentibus, *d. l. 6. §. 1. l. ult. eod.* Conſtituitur à domino ſervitus duobus modis, conventione, & ultima voluntate, *l. 5. de*
2 *ſerv. l. poteſt. 16. comm. præd. & hoc text.* In conventionale conſtitutione duo ad acquirendam ſervitutem requiruntur: pactio ad transferendum comparata, cujuſmodi eſt ſtipulatio, emptio, donatio, permutatio, *l. nunquam*, 31. *de acquir. rer. dom.* & traditio, ſeu id, quod traditionis vicem in re incorporali obtinet, puta inductio in prædium ſervum, aut uſus acquirentis, & domini conſtituentis patientia, *l. ultim. de ſerv. l. 1. in fin. de ſerv. præd. ruſt. l. 11. §. 1. de publ. in rem act. per l. 3. in pr. de uſuf.* Nam quemadmodum pactionis nudæ non ea vis eſt, ut rem corporalem noſtram faciat, *l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* ita nec per ſe ſufficit ad acquirendam ſervitutem, *l. 3. de obl. & act. d. leg. 11. de publ. in rem. act.* Olim hìc frequens erat ceſſio, *l. nemo* 38. *de ſerv. præd. urb. l. 3. §. 2. & 3. l. 11. l. per quem* 14. *de ſerv. præd. ruſt. l. ult. com. præd.* & videtur ea neceſſaria fuiſſe in conſtitutione ſervitutum, quæ in eo conſiſtunt, ut dominus aliquid non faciat in ſuo; puta ne ædes altiùs tollat; ne luminibus vicini aut proſpectui officiat. Nam ejuſmodi jura quomodò per uſum & patientiam conſtitui poſſint, non video; aut ſanè inductio in prædium hìc etiam pro traditione fuit. Suprema voluntate ſervitus
3 conſtituitur, cum ea alicui teſtamento legatur, *tit. de ſerv. leg.* in qua conſtitutione nihil præter voluntatem defuncti deſideratur ad acquirendam ſervitutem, ſed ſtatim ei, cui legata eſt, abſque ulla ceſſione aut traditione hæredis acquiritur, *l. ult. d. tit. l. ſi partem* 19. *§. 1. quem ſerv. am.* neque diſtinguimus ampliùs inter ſervitutem legatam per vendicationem, & legatam per damnationem, *vid. notata §. 1. tit. ſeq.* Modus per uſum ac
poſſeſſionem noſtram ſervitutem capiendi duplex. 4
Unus communis cùm uſucapione rerum corporalium, ſi quis eam à non domino, quem dominum exiſtimabat, conſtitutam per tempus legitimum continenter poſſederit, *l. ult. in fin. C. præſcr. long. temp.* Alter ſervitutum proprius, ſi nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi nec clam, nec precario, id eſt domino prædii ſervientis ſciente & patiente, per continuum definiti temporis ſpatium ſervitute uſi ſumus, *l. 10. ſi ſerv. vend. l. 1. in fin. de acq. pluv. arc. l. 1. & l. 2. C. hoc tit.* ut hìc ſcientia & patientia domini loco tituli aut boni initii & traditionis ſint poſſidenti, & longi temporis conſuetudo vicem ſervitutis obtineat. In priore ſpecie titulus neceſſarius eſt, uti ſemper cum initium poſſeſſionis eſt à non domino, *infr. de uſuc. in pr.* ſed tunc dominium nihil juvat ignorantia, *d. l. ultim. C. de præſcr. long. temp.* In poſteriore ſcientiam exigimus, titulum non item, alioqui tradita ſtatim ſine uſucapione acquirerentur; ſententia communis, à qua fruſtra recedit *D. Duar. 1. diſp. 34. add. D. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 177. nu. 4. & 5.* & noſtra *lib. 1. ſelect. quæſt. cap. 31.*

Pactionibus & ſtipulationibus] His verbis pu-
tandum non eſt à conſtitutione ſervitutum ex- 5
cludi traditionem; ſed eodem modo ac ſenſu hìc accipienda ſunt, quo accipi conſtat, cùm uſuſfructus ſimiliter dicitur pactionibus & ſtipulationibus conſtitui, *§. 1. tit. ſeq.* nimirum non ut ſignificetur id quod in conſtituendo extremum eſt, & excludatur traditio, ſed ut monſtrentur media & viæ, per quas hæc jura inducuntur. Extremum eſt, quo conſtituta ſervitus acquiritur. Id verò non eſt pactio aut ſtipulatio, ſed traditio ſervitutis ex pactione præcedente. Pactiones tituli ſunt, non modi acquirendi, *§. per traditionem* 40. *ſup. de rer. div.* Cæterùm quia traditio nihil transfert, niſi præcedat idonea conventio, ſive cauſa, propter quam traditio ſecuta ſit, *l. nunquam* 31. *de acq. rer. dom.* Ideò pactionum & ſtipulationum meminit, ut cauſarum acquirendi, & in conſtitutione ſervitutis traditionem neceſſariò præcedentium, non ut traditionem removeat. Quemadmodum ex contrario cùm dominia rerum traditionibus acquiri dicuntur, *l. traditionibus*, 20. *l. de pact.* non propterea removentur tituli ſive cauſæ acquirendi remotiores, ſed extremum in acquirendo ſignificatur, id eſt, modus acquirendi & cauſa proxima, ut & cum uſusfructus & ſervitutes dicuntur conſtitui per traditionem vel patientiam, *l. 11. §. 1. de publ. in rem. act. l. 1. in fin. de ſerv. præd. ruſt. l. 3. de uſufr.* Hoc ideò diligentiùs monendum fuit, quia video, D. Bachovium in ea eſſe hæreſi, ut exiſtimet, nudis pactionibus & promiſſionibus ſolis ſervitutes

amittitur confuſione, cùm prædia confuſa ſunt, ſive cùm idem utriuſque prædii dominus eſſe cœperit, *l. ſi quis 30. de ſerv. præd. urb.* Quòd ſi partem tantùm prædii nactus ſim, quod mihi aut cui ego ſerviam, placet ſervitutem non confundi, *l. una 18. l. via 23. §. ult. de ſerv. præd. ruſt. Vveſ. par. de ſerv. num. 9. Cantiunc. hic*. Sed & ſi cùm mihi per plurium fundos, ſervitus deberetur, unum tãtùm atque alterum, non omnes acquiſiero, ſervitus per cæteros retinetur, *l. ſi eum 15. quem. ſerv. am.* Poſtremò finitur etiam non utendo; ſi videlicet nemo ſervitute uſus ſit, neque is, cui debetur; neque poſſeſſor prædii dominantis, amicuſve aut hoſpes; &c. *l. uſu 20. eod.* aut ſi quis loco quidem uſus ſit, ſed non jure ſervitutis; aut jure quidem ſervitutis, ſed non ſervitute conſtituta, *l. 10. & ſeq. l. ſi quis 18. l. ult. eod.* cæterum ita, ſi nemo uſus ſit per conſtitutum continuum tempus, *l. 7. eod. l. 6. de ſerv. præd. urb.* quod tempus eſt decem vel viginti annorum, *l. 13. C. de ſerv.* Enimverò ſi ſervitutis uſus continuum aut quotidianum tempus non habeat, fortè quia alternis annis aut menſibus conſtituta eſt, duplicato conſtituto tempore non utendo amittitur, *d. l. 7.* id eſt, adversùs præſentes 20. annis, adversùs abſentes 40. Idemque & in longioribus intervallis pro ratione & facultate utendi ſtatuendum. Quicunque verò aut noſtro aut prædii nomine uſus ſit, poſſeſſor mercenarius, hoſpes, amicus, colonus, fructuarius, tenebimus ſervitutem, *d. l. uſu. 20. & 4. ſeq. quom. ſerv. am.* Ad urbanarum ſervitutum amiſſionem etiam aliud præterea requiritur: has enim placet non aliter perire non utendo, quàm ſi vicinus ſimul libertatem ædium ſuarum uſuceperit: veluti in ſervitute altiùs non tollendi, ſi per ſtatutum tempus altiùs ſublatum habuerit ædificium, & inſuper ipſe per idem tempus ædes poſſederit, *d. l. 6. de ſerv. præd. urb.* Hoc ita tam variè, quia cùm ruſticarum uſus poſitus ſit in ſolo exercitio & facto ejus, cui debentur, ſolum quoque ejus non uſum placet ſufficere ad amittendam tempore ſervitutem. Contra urbanæ quia nihil exercitii habent, ſed in ſola ejus, qui debet, patientia conſiſtunt, non utendo amitti nequeunt; ideoque non ſufficit, ſublatum eſſe opus, quod ſervituti retinendæ cauſa habebatur, niſi ſimul is, qui ſervit, hac occaſione utens ad libertatem rei ſuæ uſurpandam aliquid contra ſervitutem moliatur in ſuo, ut eleganter *D. Connan. 4. comm. 12.*

TITULUS IV.

DE USUFRUCTU.

D. Lib. 7. Tit. 1. C. Lib. 3. Tit. 33.

Continuatio; Variæ ſervitutum perſonalium ſpecies: ſumma eorum, quæ hoc tit. tractantur.

HActenus de ſervitutibus rerum ſive prædiorum: ſequuntur ſervitutes perſonarum, ſic dictæ, quia ſunt jura perſonæ in aliena re conſtituta: ſiquidem ex re, cui ſervitus debetur, diſtinctio illa ſervitutum petita eſt, ut oſtendimus initio tit. præc. Species ſervitutum perſonalium multæ ſunt & variæ. Etenim ſciendum eſt, etiam jura, quæ natura ſua realia ſunt, ita conſtitui poſſe, ut ex ea conſtitutione perſonæ tantùm acquiſita eſſe intelligantur; veluti ſi in conſtituenda perſona demonſtrata ſit cui ſola ea præſtentur, *l. 4. de ſerv. præd. ruſt. l. Mela. 14. §. ult. de alim. leg.* vel ſi conſtituta ſint ei, qui prædium non habet, aut non habet vicinum. Sed & ſervitus perſonæ conſtitui poteſt, ut pomum decerpere, ut ſpatiari, ut cœnare in alieno liceat; quamquam prædio non poteſt, per *l. quoties 15. in fin. de ſervit. l. 1. §. & belle. de op. nov. nunc. l. 1. §. præterea 12. & l. 3. pr. de aqua quotid. d. l. Mela in fin. de alim. leg. Coraſ. Duar. Coſtal. ad l. 8. de ſerv. Hotom 8. obſ. 20. Cyn. ad rubr. C. de uſufr. poſt. Pet. & Hugolin. Gloſſatores*; utut *D. Cujac. 24. obſ. 22.* id neget, & ejuſmodi pactionibus non ſervitutem aliquam conſtitui & acquiri, accedente licèt patientia conſtituẽtis, ſed nudam ac ſimplicem obligationem, ut patiaris me in tuo ea facere, aſſeſat, ſecutus *Gloſſ. Bart. Caſtr. in d. l. 8. de ſerv.* Cæterum hæ & ſimiles ſervitutes perſonales innominatæ ſunt & irregulares: niſi eas ad uſum referas ad certum modum conſtitutum, cum D. Donell. 11. *comm.* 8. Nominatarum autem & vulgarium tres dumtaxat ſpecies ſunt; uſusfructus, uſus, & habitatio. Operæ enim ſervorum vix eſt, ut ſervitutibus perſonalibus adnumerari poſſint: tum quia non ex perſona ejus, cui debentur, ſed ex perſona operarii æſtimantur; hoc eſt, ex perſona ejus, qui eas præſtat, aut ſtant, aut intereunt: *l. 2. de oper. ſerv. l. 2. de uſufr. leg.* quod & nomen operarum ſatis oſtendit: tum quia non juris ſunt, ut vindicari poſſint, ſed totæ in actu & miniſterio hominis conſiſtunt, *l. 1. d. tit. de op. ſerv. Hotom. illuſt. quæſt. 41. Cujac. 7. ad African. ad l. quæſitum 37. hoc tit. de uſufr.* Cæterum in pleriſque uſum vel uſumfructum imitantur: *l. 3. 4. 5. de op. ſerv. l. 2. de uſufr. leg. 5. §. ult. uſufr. quem. cav.* Ex tribus autem iſtis, quas dixi, princeps ſpecies eſt uſusfructus: deque eo ſolo hoc titulo agitur; de uſu & habitatione *tit. ſeq.* Quatuor autem hic ordine exequitur Imp. Primùm docet, quid ſit uſusfructus; deinde quibus modis conſtituatur; tum quibus in rebus conſiſtat; poſtremò quibus modis finiatur.

Digitized by Google

TEXTUS.

Definitio uſusfructus.

Uſusfructus eſt jus alienis rebus utendi fruendi, ſalva rerum ſubſtantia. Eſt autem jus in corpore, quo ſublato & ipſum tolli neceſſe eſt.

NOTÆ.

Vſusfructus] Uſusfructus & jus perſonarum ſunt ſervitutes, non rerum, *l. 1. D. de ſerv.* Jura quoque ſua natura realia interdum perſonalia fiunt, veluti ſi perſona demonſtrata ſit, cui ſoli præſtentur, *l. 4. P. R.* vel ſi conſtituta ſint ei, qui prædium vicinum non habet.

Alienis rebus] Hoc commune eſt omnium ſervitutum, nemini enim res ſua ſervit, *l. 5. pr. ſi uſ. pet. l. 26. P. V.* Habet quidem & dominus jus utendi re ſua, ſed non ſeparatum à jure dominico.

Salva ſubſtantia] Proprium ſeu modus: ut ſcil. res ſalva ſervetur domino, non conſumatur, corrumpatur, inve aliam formam tranſmutetur, *l. 13. §. pen. h. t.*

Quo ſublato] Vel ita mutato, ut in alienam ſpeciem & nomen tranſierit, *leg. 5. §. 2. 3. & ll. ſeqq. quib. mod. uſ. am.* Sumpta hæc ex *l. 1. & 2. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid in definitione propoſita verbo juris ſignificetur.*
2 *Quid fructuario tribuat tum jus utendi, tum jus fruendi.*
3 *Quid juris ſit, ſi fructuarius nondum perceptis fructibus, aut mercede locationis nondum ſoluta deceſſerit, remiſſivè.*
4 *Colonum, creditorem ἀντιχρητικὸν, legatarium proventus annui, jus ad rem tantùm, non in re habere.*
5 *Vſumfructum formalem ſemper eſſe in re aliena: & quo ſenſu dicatur in multis pars eſſe dominii.*
6 *Neque maritum, neque hæredem fiduciarium, neque emphyteutam definitione contineri.*
7 *Quid his verbis definitionis, ſalva rerum ſubſtantia, indicetur.*
8 *In fructu non eſſe, quod non percipitur ex eo uſu, ad quem res parata eſt.*
9 *Cautione fructuariam à teſtatore remitti non poſſe, ab hærede poſſe: & quid ſi fructuarius propter inopiam fidejuſſorem invenire non poſſit.*
10 *Quid ſibi velit, quod dicitur, ſublato corpore uſumfructum tolli.*

JUs alienis rebus utendi fruendi, &c.*]Ex Paulo *l. 1. hoc tit.* Ait, *eſt jus*. Hoc ſic nonnulli accipiunt, quaſi dixiſſet, eſt ſervitus perſonalis, ut definitio contineat genus proximum definiti. Sed parum conſideratè. Etenim inconcinna & inepta eſt ita locutio, ſi dixero uſumfructum eſſe ſervitutem utendi fruendi re aliena: quippe cùm ſervitus ſit in ſerviente, uti autem & frui ejus ſit, cui ſervitus debetur, & actio ſervituti contraria. Jus vim agendi, ſervitus patiendi ſignificationem habet. Animadvertere debuerant, ſervitutes omnes jura dici & definiri ſolere, reſpectu ejus cui conſtitutæ ſunt, tanquam perſonæ primariæ in hoc jure; atque eodem reſpectu etiam uſufructum definiri, habita ſcilicet relatione ad fructuarium: verbum quoque juris adjungi verbo faciendi, quod cum ſit, in uſu perpetuo juris, & omnium Latinè loquentium, facultatem & poteſtatem eo vocabulo ſignificari. Nec metuendum eſt, ne hac ſignificatione admiſſa definitio non reciprocetur cum re definita: nam poteſtatem hanc ſive jus ſequentia definitionis verba ſic temperant, ut jura affinia ſatis hinc removeantur: & porro ex locis, ubi hæc definitio traditur, ſerieque tractationis, ſponte intelligitur, ſubaudiri oportere, jus hoc ex conſtituta ſervitute competere, & perſonæ fructuarii cohærere.

(margin number 1 at "pta eſt ita locutio")

Vtendi fruendi] Forma & finis. Duo autem hæc fere conjungi ſolent, *uti frui*, licèt fructui uſus inſit, nec interſit, fructus, an uſusfructus legetur, *l. per ſervum 14. §. 1. de uſu & hab. l. ante pen. de uſufr. leg.* niſi corpus, non jus demonſtrare volumus, *l. vaccæ 43. de evict.* His autem verbis à fructuario removetur jus omne in rem, præter uſum & fruitionem, rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumiſſio,
proprietatis oppigneratio, *l. 6. l. 7. C. hoc tit.* Jus 2
utendi hoc tribuit fructuario, ut rem fructuariam tractare & exercere poſſit ad uſum & commoditatem ſuam, ut tamen id faciat ſecundùm rei conditionem, eamque exerceat ad eum uſum, ad quem natura aut patrisfam. inſtituto parata eſt. Etenim ædibus ut ædibus utendum ad inhabitandum, fundo ad fructum capiendum, ſervis ad operas, veſtimentis ad induendum, cæteris rebus ſecundùm ſuam naturam, extra quam qui utitur, abutitur: quod latiùs explicatur *l. 13. §. ult. leg. 15. §. 1. & ſeq. eod.* Jus fruendi ei hoc tribuit, ut fructus omnes percipere poſſit, & percipiendo ſibi acquirat, non naturales tantùm, qui ex re fructuaria proveniunt, ſive ſpontè, ſive opera fructuarii; verùm etiam civiles, qui per cauſam rei obveniunt, puta pretium venditionis, vecturas, mercedes locationis, &c. In ſumma, omnis reditus, omnis obventio, omnis utilitas, commodum omne, quod vel ex ipſo corpore ſive re fructuaria, vel occaſione ejus percipitur, fructuarium ſequitur, *l. 7. l. 9. l. arbores 59. §. 1. hoc tit. l. 13. quib. mod. uſ. am. l. qui ſcit. 25. l. in pecudum. 28. de uſur.* Atque hinc rectè colligunt DD. uſufructu caſtri ſive juriſdictionis conceſſo, poſſe uſufructuarium antiquas inveſtituras renovare, *Menoch. lib. 1. conſ. 66.* ad eum pertinere multas & pœnas pecuniarias, emolumenta ſigilli officialium: *Schneid. ad §. 1. hoc tit. Molinæ ad conſuet. Pariſ. §. 1. Gloſ. 1. n. 51. Ioan. del Caſtill. tract.*

Digitized by Google

tract. de uſufr. cap. 36. num. 29. poſt Bart. Iaſ. & alios antiquos, legato uſufructu univerſitatis bonorum, cui jus patronatus annexum ſit, jus præſentandi fructuario competere, *Menoch. d. conſ. num. 6. Molin. d. loc. num. 3. Caſtill. d. cap. 36. num. 35.* ad uſufructuarium proprietatis pertinere non tantùm canonem annuum, ſed etiam, ſi ſtante uſufructu res emphyteutica alienata ſit, laudemium, *Clar. §. emphyteuſis quæſt. 23. nu. 5. Chaſſ. ad conſuet. Burg. rubr. 4. §. 6. nu. 8. Caſtill. d. cap. num 5.* Et ſecundùm hos ipſe aliquando ex facto conſultus reſpondi, miratus Bachovium, qui hoc axioma damnat, ut impoſſibile, ut dictu & auditu abſurdum, *not. ad Treult. vol. 1. diſp. 16. theſ. 11.* Sed & apud nos à ſupremo Senatu judicatum eſt, bonorum omnium uſufructu legato, etiam reditus vitalitios, tanquam fructus, lucro fructuarii cedere debere, *teſte C. Iacobo Coreno obſerv. à ſupr. Sen. jud. 7.* Cæterum quod alibi di-
3 ctum, hoc loco repetendum eſt, fructuarii non aliter fructus fieri, quàm ſi ipſe eos perceperit, aut alius ejus nomine: & ideò ſi maturis fructibus, nondum tamen perceptis, deceſſerit, hæredem ejus in iis, qui terra tenentur, nihil juris habere, *§. is verò 36. ſup. de rer. div. l. 13. quib. mod. uſ. am. l. 8. de ann. leg.* An verò idem & in civilibus fructibus, puta uſuris, mercedibus locationis, obtinere debeat, ut ſcil. fructuario ante diem, qui ſolvi debeat, mortuo, nihil ad hæredem ejus pertineat; an pro rata temporis, quo uſufructus ſtetit, inter hæredem ejus, & proprietarium dividi debeant, dixi ſub *d. §. is verò.* De commodis quæ fructuarium ſequuntur, qui plura noſſe deſiderat, adeat *Don. 19. comm. 7. & 8. Caſtill. cap. 36. & 37. tract. de uſufr.* Habet &
4 colonus, & creditor ἀντιχρήσεις, facultatem utendi fruendi re aliena: cæterum illi jus tantùm habent ad rem, & in perſonam locatoris aut debitoris, hoc eſt, locatorem & debitorem ex contractu tantùm ſibi obligatos habent ad hoc, ut præſtent uti frui licere: unde & iis actio eo nomine in perſonam dumtaxat competit, colono ex conducto, *l. 15. locat.* creditori in factum *l. 11. §. 1. de pign.* Jus autem in rem, & quod proprium eorum dici poſſit, de quo hic quæri conſtat, nullum habent: quippe quod non acquiritur, niſi traditum ex juſta cauſa, ex qua dominium transferretur, cujuſque tuendi & obtinendi cauſa ad exemplum dominii vendicatio ſeu confeſſoria in rem actio prodita eſt, *§. 2. inf. de act.* Eadem & de legatario proventus annui dici poſſunt. Sed & hic ipſe non fruitur, ſed per manus hæredis reditum accipit, *l. fundi 38. de uſufr. leg. l. liberto pr. de am. leg. Hotom. 1. illuſt. 24. Caſtill. d. tr. cap. 4. & 5.*

Rebus alienis] Materia. Eſtque hoc commune omnium ſervitutum, ut ſint in alieno; neque enim res ſua ulli ſervit, *l. in re 26. de ſerv. præd. urb. l. 5. ſi uſufr. pet.* Rectè, inquis: at non ideò recta definitio, cùm non omnis uſusfructus ſervitus ſit, & in re aliena. Duo enim, inquies, ſunt genera uſusfructus. Et quidam ſeparatus à proprietate, quem quòd per ſe conſiſtat, & formam propriam habeat ſeparatam à proprietate, formalem Gloſſa & DD. vocant: eſt & alius, conjunctus cum proprietate, qui quia competit ex cauſa proprietatis, cauſalis vulgò appellatur Quæ genera indicãtur in *l. ſi cum argumentum 21. §. 3. de ext. rei jud. l. ſi uſufr. pet. l. ſi ita 126. §. 1. de verb. obl.* Illum quidem dices habere eum, qui dominus non eſt, in re aliena: hunc autem habere dominum in re ſua: ac proindè non poſſe non vitioſam eſſe definitionem, quę minùs contineat, quàm definitum, videlicet alterum genus dumtaxat, uſumfructum formalem. Hæc 5
objectio ne quem moveat, obſervandum eſt, verbo uſusfructus ſimpliciter, aut abſolutè enunciato, in toto ferè jure, & maximè in quæſtione & tractatione de ſervitutibus, eum ſolùm intelligi, qui à proprietate ſeparatus eſt, non eum, qui alicujus eſt jure proprietatis: formalem, non cauſalem, eum, qui ſervitus eſt, non qui pars eſt juris dominici, quemadmodum appellationibus itineris, actus, viæ, aquæ ductus, tunc ſolùm in jure utimur, cùm iſta per ſe habentur ſine jure proprietatis: atque ex hoc uſu definitionem ita conceptam eſſe, ut formali tantùm conveniat, qui ut ſolus ſervitus eſt, ita & in aliena ſolus habetur. Neque verò iſta & magiſtralis diſtinctio uſusfructus in formalem, & cauſalem, vera eſt & genuina generis in ſpecies diviſio, neque pro ea à DD. venditatur; ſed potiùs diſtinctio nominis πολυωνύμου in ſua ſignificata, *vid. Vueſ. par. hoc tit. nu. 4. Caſtill. d. tract. cap. 1. num. 16. Pinel. in l. 1. C. de bon. mat. part. 1. num. 10. Gomeſ. 2. reſ. 15. num. 2. & 3.* Quòd ſi porrò quis urgeat, & uſumfructum etiam ſeparatum in re fructuarii eſſe contendat, quia pars dominii dicitur, *l. 4. hoc tit.* In promptu reſponſio eſt, partem dici, non quòd revera pars ſit, cùm ſit ſervitus, *l. rectè 25. de verb. ſign.* ſed quia in multis caſibus, quos exprimit *Paul. d. l. 4.* vice partis fungitur, eodemque jure, quo dominium cenſetur, propter emolumentum, quod continet, *l. Marius 66. §. fundo 6. de leg. 2.* & nimirum dictum hoc accipiemus per comparationem cæterarum ſervitutum, quæ cum dominio tantam affinitatem non habent. Eò pertinet, quòd in venditione bonorum etiam uſumfructū venire, Ulp. ſcribit, quia appellatione dominii fructuarius quoque contineatur, ſententia ſcilicet edicti, *l. 8. p. de reb. auct. jud. poſſ.* quod fructuario de damno infecto caveatur, *l. 13. §. ſuperficiarium 8. de damn. inf.* quod ad eum pertineat interdictum unde vi; *l. 3. § unde vi interdictum 13. de vi & vi arm.* quòd uſusfructus pro parte diviſa, vel indiviſa conſtitui poteſt, *l. 5. hoc tit.* Senſit hoc *Gloſſ. in d. l. 4.* Latiùs explicuit *D. Connan. 4. comm. 6.* Poſtremò ut demus, uſufructuarium reſpectu juris, quod habet, verè dominum dici poſſe, ſemper tamen in re aliena jus ſuum exercet. Quamobrem neque maritus, neque hæres fiduciarius, neque emphyteuta defini- 6
tione continentur: quippe quorum omnium rea

ipſa

ipſa propria eſt: quaque illi utuntur jure domi-
nii, quod habent, non jure uſufructus à domi-
nio ſeparati. Maritum verum eſſe dotis dominum
quamdiu conſtat matrimonium, infinitis locis
traditum eſt, *inſt. quib. alien. lic. in pr. l. ſi præ-
dium 13. §. 2. de fund. dot. l. 7. §. ſi res de jur. dot.
l. ſi prædium 23. C. eod.* Hinc & rei dotalis vendi-
catio marito tributa, *l. dote, Cod. de rei vend.* &
mobilium quoque alienatio, *l. 3. §. 2. de ſuis &
legit. l. 3. C. de jur. dot. auth. ſive à me, §. 1. Cod. ad
ſen. Vell.* Hæres quoque, qui rogatus eſt aliquid
ex die, aut poſt mortem ſuam reſtituere, inte-
rim ejus rei dominus eſt, non fructuarius, *l. ſpe-
cies 15. de aur. arg. leg.* tantùm, quia cedente die
fideicommiſſi reſtituenda eſt, ideò de ea tan-
quam aliena nonnunquam juris conditores lo-
quuntur, ut Juſtinian. *l. ult. §. ſed quia C. comm.
de legat.* ſicut & de re dotali, quia & maritus
temporale dominium habet, ſoluto matrimo-
nio ad mulierem reverſurum, *l. 7. §. ſi fundum
12. in fin. ſol. matr. l. in rebus 30. C. de jur. dot.* De
emphyteuta major poteſt eſſe dubitatio propter
dominium directum, quod alius habet: ſed hoc
non obſtat, quominùs & proprietas quædam in
re emphyteutica, ratione emphyteutæ conſide-
rari poſſit, ut & poteſt in re feudali reſpectu va-
ſalli, *2. feud. titul. 43.* & argumento eſt, quòd
emphyteuta poteſt uni ſeorſum uſumfructum rei
emphyteuticæ legare, alteri deducto eo proprie-
tatem, *l. 1. pr. quib. mod. uſ. am. Ioan. del Caſtill.
tract. de uſufr. cap. 39. num. 10. & 11.* Quid quod
emphyteuta etiam ipſum fundum emphyteuti-
cum alteri vendere, donare & obligare poteſt,
ſervitutes ei imponere, & quidvis in eo extrue-
re; contra ipſum quoque directum dominum in
rem agere, non dico de jure ſeparato, ut fru-
ctuarius in rem confeſſoria, ſed de re ipſa, *l. 1.
& 2. ſi ag. vect.* ut plus etiam juris emphyteu-
tæ, quàm domini in ipſa re habeant: quam ob
cauſam etiam domini prędiorum emphyteutico-
rum appellantur, *l. poſſeſſores 12. Cod. de fund. pa-
trimon. lib. 11.* emphyteutæ ſimilimus eſt ſuperfi-
ciarius, *l. de ſuperfic. d. l. 1. quib. mod. uſ. am.*

Salva rerum ſubſtantia] Id eſt, ſi Theophilo
& Giphanio credimus, quamdiu res ſalvæ man-
ſerint. Ego verò hoc ampliùs hac adjectione pro-
7 prium ſeu modum indicari arbitror, ut intelliga-
mus, fructuarium ita uti & frui debere, ut rem
ſalvam ſervet domino: ac proindè hac clauſula
fructuarium prohiberi tum rem conſumere, cau-
ſamve proprietatis deteriorem facere, cum in
aliam formam rem transmutare. Finge igitur,
ovium uſumfructum relictum eſſe; non debet
fructuarius eas occidere, ut carne veſcatur: hoc
enim pugnat cum natura uſusfructus. Cui fundi
uſusfructus legatus eſt, non debet arbores fru-
giferas excidere, neque villam diruere, nec
quicquam facere in perniciem proprietatis, *l. 13.
§. fructuarius 4. hoc tit.* Sed & ſi agrum non pro-
ſcindat, vites non ſubſerat, aquæ ductus cor-
rumpi patiatur, non intelligitur ſalva ſubſtan-
tia re uti, *d. l. 13. §. 2.* Ædium uſufructu legato
non mutabit diætas, vel atria, non diruet, &
ædificabit nova, *d. l. 13. §. ſeu ſi ędium 7.* nec ſi
meliorem domini cauſam faciat, *l. 7. in fin. l. 8.
leg. uſufructuarius 44. eod.* Nam quod traditum
eſt, poſſe fructuarium cauſam proprietatis me-
liorem facere, *d. l. 13. §. 4.* hoc ſic temperandum
eſt, dum id faciat excolendo quod invenit, qua-
litate rei non immutata, *d. l. 13. §. ſed ſi ædium,
D. Diod. Tuld. cap. 4. hic.* Illud quoque quod ſu-
periùs leviter attigimus, explicatiùs conſideran-
dum eſt. Diximus, ſemper in uſufructu uſum 8
ineſſe, *l. 14. §. 1. de uſu & hab.* eumque, qui non
ſecundùm rei conditionem re utitur, non uti,
ſed abuti, *l. per ſervum 15. §. 1. hoc tit.* Hoc au-
tem eò pertinet, ut intelligamus, eum, qui ſic
utitur, nec rectè quidem frui, nec in fructu eſ-
ſe, quod non percipitur ex eo uſu, ad quem res
parata eſt. Hinc igitur fructuarii non erunt par-
tus ancillarum, *l. vetus 68. eod. §. in pecudum ſup.
de rer. div. l. in pecudum 28. de uſur.* non enim an-
cillæ ad hoc habentur, ut pariant, ſed ut ſer-
viant, *l. ancillarum 27. de her. pet.* Non pertine-
bunt ad fructuarium arbores grandes, & frugife-
ræ, *l. 11. l. 13. §. 4. hoc tit.* nimirum quia non ha-
bentur, ut ſuccidantur, ſed vel ad fructum fe-
rendum, vel ad ornatum umbramve præſtan-
dam. Hinc denique eſt, quòd ſylvam non cæ-
duam, aut quæ ut cædua à domino habita non eſt
fructuarius cędere non poteſt, *l. 9. §. ult. eod.* quam-
vis materiam ex ea ſuccidere ad villæ refectio-
nem, & pedamenta in vineam ſumere non pro-
hibeatur, *l. 10. l. 11. in pr. eod. ubi latè D. Paul. Buſ.*
Ut igitur dominus ſecurus eſſe poſſit de proprie-
tate, deſiderante eo fructuarius cavere cogitur, &
uſurum ſe boni viri arbitratu, & cum uſusfructus
ad eum pertinere deſinet, reſtituturum, quod in-
de extabit, *d. l. 12. in pr. l. 1. & tot. tit. uſufr. quem.
cav.* quæ cautio ſatisdatio eſt, *d. l. 13. l. 4. Cod. eod.
l. 7. & ult. uſufr. quem. caveat. l. 8. §. tutor. qui ſa-
tiſd. cog.* & ad omnem uſumfructum omn. mque
fructuariũ (excepto patre fructuario adventitio-
rum, *l. 6. §. non à l. ult. §. fin. a. 13. Cod. de bon. quæ
lib.* item fiſco, *l. 1. §. ſi ad fiſcum 18. ut leg. nom. cav.*
& caſu *l. 9. §. 2. uſufr. quem. cav.* & donatore om-
nium, aut partis bonorum retento uſufr. per *l. 19.
§. 1. de re jud. cum ſimil.*) pertinet, *d. l. 13. hoc tit. d.
l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. uſufr. quem. caveat.* In tan-
tum, ut nec à teſtatore remitti poſſit, *l. 7. C. ut* 9
*in poſſ. leg. dec. Cur. Holl. 20. Chriſtin. vol. 2. dec. 175.
num. 7. & ſeqq.* ne ſcilicet amoto cautionis metu
fructuarius invitetur ad delinquendum, & pro li-
bidine ſua in re fructuaria graſſandum: ſententia
ac ratio communis, *Vid. Clar. §. teſtam. quæſt. 64.
Gail 2. obſ. 145. Ioan. del Caſtill. tract. de uſufr.
cap. 15.* Qui etiam aliam rationem affert, quòd
remiſſio illa quodammodò cum natura, ac fine
uſusfructus legati pugnare videatur. Illud eo-
dem loco idem rectè notat, remiſſione cautionis
facta à teſtatore non vitiari ipſum legatum uſuſ-
fructus, ſed eam pro non ſcripta habendam eſſe,
per l. 6. ut in poſſ. leg. Quòd ſi cautio à teſtatore
remitti non poteſt, nec poterit confectio invęta-
rii,

Digitized by Google

rii, quæ eſt neceſſarium cautionis antecedens, *Caſtill. d. loc. poſt DD. com.* Planè ut cautio ab hærede remitti poſſit, rationis eſt, *Accurſ. Cyn. Bart. Salic. Sichard. ad l. 1. C. hoc tit. Pin. in l. 1. C. de bon. matern. p. 2. num. 76. Gail. d. obſ. 145. Caſtill. d. loc. num. 16. Chriſtin. d. deciſ.* 175. Putarem tamen, remiſſionem non obſtare hæredi, quominùs eautionem poſtea ex cauſa exigat, ut hæc remiſſio tacitam in ſe habeat conditionem, ſi rectè utatur fructuarius; eoque jure utimur. Quòd ſi fructuarius cavere non poſſit, eò quòd propter inopiam fidejuſſorem idoneum non inveniat, an non inhumanum eſt eum admitti oblata cautione juratoria; aut ſi eo modo non ſatis proſpectum videbitur proprietario, an non res fructuaria apud virum bonum ſequeſtranda eſt, aut eam retinere proprietarius poterit, qui contra fructuario rectè caveat, ne pereat ultima voluntas defuncti? Placet in magna varietate eorum ſententia, qui totam hanc rem boni judicis arbitrio permittendam cenſent, qui ex perſonis & re, de qua agitur, tum ex facultatibus fructuarii diſpiciat & conſtituat, quid in propoſito debeat fieri, utrum cautio juratoria ac propria recipienda, (ad quod tamen non facilè eum compellet) an verò apud virum honeſtum res deponi, vel apud ipſum proprietarium remanere debeat: ut in omnem eventum & proprietario ſatis conſultum ſit, & fructuarius commodum percipiat, quod eum percipere omnimodò teſtator voluit. Licebit hic uſurpare illud Ulpiani in *l. 2. §. item Varus 5. in fin. de acq. plur. arc. Hoc æquitas ſuggerit, & ſi jure deficiamur, add. Caſtill. d. tr. 18. nu. ult. Gail. 2. obſ. 47. Mynſ. 6. obſ. 48. Fach. 8. contr. 40. Vreſemb. par. uſufr. qu. ca. nu. ult. Mevend. 5. contr. 47. Chriſtin. d. deciſ. n. 13. & ſeqq.* Sunt & alia onera, quæ fructuario incumbunt, puta ſi quid reficiendum ſit, ut ſartatecta præſtet; cum diſtinctione tamen, quæ eſt in *l. 7. §. 2. hoc tit.* ne animalia ægrota curet, gregem ex agnatis capitibus ſuppleat, in locum arborum demortuarum alias ſubſtituat: rectè enim colere & quaſi amans paterfam. debet: quod & ipſum cautione fructuaria continetur, *vid. §. ſed ſi gregis 38. ſup. de rer. div.* Hoc amplius etiam onera prędiorum agnoſcere cogitur, ut tributa, vectigalia, penſitationes, quæ prædiis imponuntur, *l. 7. §. 2. l. ſi pendentes 27. §. 3. hoc tit. vid. Caſtill. d. tract. cap. 56. & ſeq. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 176. n. 1. & 2.*

Eſt autem jus in corpore, quo ſublato] Sublatum hic accipimus, non omnino quod penitus & totum periit, ſed quod eſſe deſiit id, quod ante fuit; cujus priſtina facies mutata, quod ita vel ampliatum vel minutum eſt, ut in aliam ſpeciem & nomen tranſierit, *leg. 5. §. pen.* & deinceps, uſque ad *l. 13. quib. mod. uſ. am.* Quod ſi totum corpus tollatur, ne dominium quidem proprietatve remanet. De mutatione rei fructuariæ pleniùs diſputamus ad *§. 3. hoc tit. in calce.*

Textus.

Quibus modis conſtituitur.

1. *Uſusfructus à proprietate ſeparationem recipit, idque pluribus modis accidit: ut ecce, ſi quis uſumfructum alicui legaverit: nam heres nudam habet proprietatem, legatarius verò uſumfructum. E contra, ſi fundum legaverit deducto uſufructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres verò uſumfructum. Item alii uſumfructum, alii deducto eo fundum legare poteſt. Sine teſtamento verò ſi quis velit uſumfructum alii conſtituere, pactionibus & ſtipulationibus id efficere debet. Ne tamen in univerſum inutiles eſſent proprietates, ſemper abſcedente uſufructu, placuit certis modis extingui uſumfructum, & ad proprietatem reverti.*

Notæ.

1. *Deducto uſufructu*] Hæc verba non ſunt otioſa, ſed conſultò expreſſa, ut & in *l. 6. h. t. l. 4. ſi uſ. pet.* Nam ſi uni uſusfructus, alteri fundus ſimpliciter legetur, ambo in uſumfructum concurrent, *leg. 19. de uſ. l. l. 6. de uſ. ear. rer.*

Commentarius.

1 *Quot & quibus modis uſusfructus conſtituatur & à proprietate ſeparetur.*
2 *Ad conſtitutionem & acquiſitionem uſusfructus ſolam pactionem non ſufficere, ſed requiri etiam traditionem ſeu factum aliquod traditionem repræſentans, teſtamento autem conſtitui ipſo jure.*

P*Luribus modis.*] Uſusfructus non uno modo à proprietate ſeparatur, & alteri acquiritur. 1
Nam & à lege quibuſdam perſonis conſtituitur, ut patri in bonis filii adventitiis, *leg. 6. l. ult. C. de bon. quæ lib. §. 1. inf. per quas perſ.* item patri emãcipatori in parte dimidia bonorum adventitiorum filii emancipati, *d. l. 6. & §. 2. d. tit.* & à judice in judiciis familiæ erciſcundæ & communi dividundo, per adjudicationes ſcilicet & condemnationes, ſi res diviſionem commodè non recipiant, *leg. 6. §. officio 10. comm. div. l. & puto 16. §. 1. fam. erc. l. 6. §. 1. hoc tit. junc. §. 4. & §. inf. de off. jud.* uſu quoque noſtro & longa quaſi poſſeſſione, ſicut reliquæ ſervitutes, & uſusfructus nobis acquiritur; veluti ſi quis non dominus uſumfructum nobis vendiderit, nos eum per legitimum tempus poſſederimus, *l. ult. in fin. C. de præſcript. long. temp.* Hic duos tantùm modos recenſet Imp. eoſque ipſos, quibus ſervitutes prædiorum conſtitui dixit in calce præc. tit. ultimam voluntatem, & ſtipulationes pactioneſve.

Ut ecce] Formas legandi, quibus uſusfructus con-

Digitized by Google

conſtituitur, & à proprietate ſeparatur, tres perſpicuè explicat: in quibus notandum, verba illa (*deducto uſufructu*) non eſſe otioſa, ſed expreſſa conſultò, ut & in *d. l. 6. hoc tit. l. 4. ſi uſufr. pet.* Nam ſi uni uſusfructus, alteri fundus ſimpliciter legetur, nominatim, non expreſſo (*detracto uſufructu,*) ambo in uſumfructum concurrent, *l. ſi alii 19. de uſufr. leg. leg. 6. de uſufr. ear. rer.* Neque obſtat, quod traditur *d. l. & puto. 16. §. 1. fam. erc.* ſi judex alii fundum, alii uſumfructum adjudicaverit, non communicari uſumfructum: nam in judiciis diviſoriis hoc agitur, ut à communione diſcedatur, *l. 1. eod. tit.* Sed etſi uni uſusfructus alteri nuda proprietas legata ſit, nemo, opinor, dixerit, uſumfructum communicari. Ac ne illud quidem morum noſtrorum ſimplicitati convenit, quod in *d. l. 19. de uſufr. leg.* traditur, ſi teſtator alii fundum, alii uſumfructum ejuſdem fundi legaverit, uſumfructum contra mentem teſtatoris communicari, *Groenem. ad d. l. 19. tract. de ll. abrog. autumn. conſ. jur. ad d. l. 19. Cyprian. cenſ. Belg. hic.*

Pactionibus & ſtipulationibus] *l. 3. §. pr. eod. Vide ſup. §. ult. tit. praec.* Pactionibus autem non nudis, ſed veſtitis, ut magiſtri loquuntur, iiſque quæ idoneæ ſunt ad dominium ipſum transferendum: cujuſmodi ſunt emptio, permutatio, donatio. Poteſt ergo quiſque dominus uſumfructum rei ſuæ alteri vendere aut donare cedereve nuda proprietate retenta, aut rei nudam proprietatem retento uſufructu, *l. quod noſtrum 63. eod. l. quiſquis 28. C. de donat.* poteſt & uni vendere vel donare uſumfructum, deinde alteri proprietatem, quam retinuit. Cæterum etiam nuda pactione uſusfructus rectè conſtituitur, ſi ea contractui vel conventioni legitimæ, aut traditioni diviſionive in continenti adjiciatur, *d. l. 28. C. de don. l. Seja. 42. de mort. cauſ. don. eod. arg. l. cum de 33. tit. de ſerv. præd. ruſt. l. venditor. 13. comm. præd. l. in traditionibus 48. de pact.* Quod autem de ſervitutibus prædialibus diximus, eas non acquiri pactionibus ſolis ſine facto aliquo, quod traditionem repræſentet, hoc non minùs ad acquiſitionem uſusfructus pertinet, *l. 5. de ſerv. l. 3. hoc tit. l. 3. de obl. & act. arg. l. traditionibus 20. C. de pact.* Nam in univerſum tenendum eſt, quibus in cauſis ad rem corporalem acquirendam requiritur traditio, in iiſdem & ad res incorporales acquirendas requiri, quatenus fert earum rerum natura: ut in propoſito traditus uſufructus intelligitur, ſi dominus, à quo eſt, uſufructuarium inducat in fundum, eumve patiatur uti frui, *d. l. 3. hoc tit.* Teſtamento autem conſtituitur uſusfructus ipſo jure, ut hic ad acquirendum jus in re, & vendicationem, non deſideretur traditio hæredis, ſed nuda voluntas ſufficiat teſtatoris. Quod jure quidem veteri obtinebat dumtaxat, cum uſusfructus legatus erat per vendicationem: nam per damnationem legatus facto hæredis præſtabatur, teſte Paulo *3. ſent. 6.* At hodie idem utriuſque legati effectus poſt exæquationem juris omnium legatorum, *§. 2. inf. de legat. l. 1. C. comm. de leg.* Ex quo apparet, Tribonianum incuria quadam actionem perſonalem cum confeſſoria confudiſſe, *l. pen. C. hoc tit.* quod & locus ipſe palam arguit. De legato per damnationem uſufructu, accipere *leg. 3. hoc tit. l. 2. ſi uſufr. pet.* de legato per vindicationem, *leg. 34. §. pen. de legat. 1. l. 10. l. ſi quis 29. de uſ. leg. l. ſed & quis 25. §. ult. hoc tit. l. un. §. 2. qu. de uſ. leg. add. Pinel. part. 2. leg. 1. C. de bon. mat. num. 62. Caſtil. tract. de uſufr. c. 9.*

Placuit certis modis extingui] Negligitur hic iterum à Triboniano lex methodi; niſi [illegible] eſt, eò quòd ſeparato ita uſufructu inutilis & ridicula videri poterat proprietas, cùm pari a ſint, non habere dominium, & habere inutile. Tranſcriptus autem hic locus eſt ex Cajo *leg. 3. §. 2. hoc tit.*

TEXTUS.

Quibus in rebus conſtituitur.

2. *Conſtituitur autem uſusfructus non tantùm in fundo & ædibus, verùm etiam in ſervis, & jumentis, & cæteris rebus: exceptis iis, quæ ipſo uſu conſumuntur. Nam hæc neque naturali ratione, neque civili recipiunt uſumfructum: quo in numero ſunt vinum, oleum, frumentum, veſtimenta: quibus proxima eſt pecunia numerata: namque ipſo uſu aſſidua permutatione quodammodò extinguitur. Sed utilitatis cauſa Senatus cenſuit, poſſe etiam earum rerum uſumfructum conſtitui, ut tamen eo nomine hæredi utiliter caveatur. Itaque ſi pecuniæ uſusfructus legatus ſit, ita datur legatario, ut ejus fiat, & legatarius ſatiſdet hæredi de tanta pecunia reſtituenda, ſi moriatur aut capite minuatur. Cæteræ quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiat; ſed æſtimatis his ſatiſdatur, ut, ſi moriatur aut capite minuatur, tanta pecunia reſtituatur, quanti hæ fuerint æſtimatæ. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum uſumfructum, (nec enim poterat) ſed per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit.*

NOTÆ

2. *Vinum, oleum*] Harum rerum non uſus, ſed abuſus eſt. Boet. *in top. lib. 2. Utimur his, quæ nobis utentibus permanent; his verò abutimur, quæ nobis utentibus pereunt.*

Veſtimenta] Lapſus hic eſt Tribonianus, ut conſtat ex *l. 15. §. 4. h. t. l. 9. §. pen. uſufr. quem. cav.* & ipſa rei natura oſtendit: non enim conſumuntur uſu veſtimenta, ſed deteruntur, ut rectè Cujac.

Quodammodò] Expendendo & alienando:

ita

Digitized by Google

ſra pecunia perire dicitur apud Corn. Nep. *in Themiſt.*

De tanta pecunia reſtituenda] Clauſula cautionis fructuariæ de utendo boni viri arbitratu, *l. 1. uſ. quem. cau.* ad quaſi uſumfr. non pertinet: & abſurdum eſſet rei dominum talem cautionem præſtare.

Si moriatur aut capite min.] Non aliis modis quaſi uſufr. extingui poteſt, *legat. 7. leg. 10. d. t.*

Sed æſtimatis] Aut cavebitur de rebus ejusdem qualitatis reſtituendis: quamquam illud certius & tutius, *l. 7. de uſ. ear. rer.*

Nec enim poterat] Naturalis enim ratio auctoritate Senatus mutari non potuit, *leg. 2. §. 1. eod.*

Commentarius.

1 *Cur rerum fungibilium uſusfructus conſtitui non poſſit.*

2 *In hoc numero rerum non eſſe veſtimenta, contra pleroſque, & ipſum adeo Tribonianum, firmis rationibus oſtenditur.*

3 *Qua conſideratione pecunia & quædam alia in hoc genere numerentur.*

4 *An cautio quaſi fructuaria ſit de ſubſtantia quaſi uſusfructus.*

5 *Partes cautionis quaſi fructuariæ expoſitæ, & notatus inſignis error Mynſingeri.*

Hoc §. agitur de rebus, in quibus uſusfructus conſtitui poteſt. Et ſciendum eſt, in rebus omnibus, unde aliqua utilitas aut commoditas qualiſcumque percipi poteſt, uſumfructum conſtitui poſſe, ſive immobiles ſint, ut domus, fundus; ſive mobiles, ut mancipia, jumenta, ſupellex, &c. in quo differt uſusfructus à ſervitutibus realibus, quæ tantùm in prædiis conſiſtunt. Sed & rerum incorporalium uſusfructus conſtitui poteſt, veluti nominum, *l. 3. de uſuſr. ear. rer.* ut fructuarius rem conſecutus ea utatur. Poteſt & juriſdictionis, quam patrimonialem vocant, ut fructuarius multas & pœnas pecuniarias, tanquam fructus juriſdictionis, percipiat. Schneid. hic poſt alios, quos ſupra citavi. Neque hic quaſi uſusfructus eſt, ut putat D. Bachovius: certè non eo ſenſu ſic appellari poteſt, quo earum rerum, quæ uſu conſumuntur, quaſi uſumfructũ eſſe dicimus: nam juriſdictio non datur fructuario, ut ejus fiat propria; ideòque & eam ipſam finito uſufructu reſtituere debet, eodemque modo cavere, quo fructuarius rei corporalis, quæ fructum recipit, *fac. l. 1. de uſuſr. leg.* Solæ excipiuntur res, quas utendo conſumi neceſſe eſt; cujuſmodi ſunt, vinum, oleum, frumentum, cæteræque res, quę pondere, numero, menſura conſtare, & in genere ſuo functionem recipere dicuntur, *inſ. quib. mod. re cons. obl. l. 2. de reb. cred.* Has res ait Impe-
1 rator neque naturali ratione neque civili uſumfructum recipere: ſcilicet hæc eſt natura uſusfructus, juſque de eo conſtitutum, ut ſit in re aliena, ſive penes eum, qui dominus rei fructuariæ non ſit, isque jus habeat ea re utendi, fructuſque ab ea ſeparandi, aut commoda ob cauſam rei obvenientia percipiendi, ita ut interim res ipſa, cujus proprietas apud alium eſt, ſalva & integra maneat, caveatque fructuarius ſe eam finito uſufructu reſtituturum: quorum nihil in res conſumptibiles, hoc eſt, eas, quæ uſu ipſo conſumuntur & pereunt, cadere poſſe manifeſtum eſt: quippe cum ex iis nulla utilitas percipi queat, niſi conſumantur, nec conſumi res poſſit, niſi ab eo, cujus propria ſit.

Veſtimenta] Temerè atque inconſideratè Tribonianus inter res, quæ uſu conſumuntur, refert veſtimenta: non enim quæ longiore uſu atteruntur, & detritu deteriora fiunt, uſu conſumi dicuntur; ſed quæ utendo protinus tolluntur & delentur, quarumque non niſi in abuſu uſus eſt: alioqui eadem ratione dicendũ eſſet mobilia ferè omnia atque utenſilia, præſertim linea, ut mappas, mantilia, toralia, eodem numero habenda, atque ut veſtimentorum, ita & harum rerum non verum, ſed quaſi uſumfructum eſſe: quod nemo
dixerit; neque Ulp. *l. 1. hoc tit. de uſuſr. ear. rer.* 2
quæ uſ. conſ. cum ait, earum rerum quaſi uſumfructum eſſe, quæ uſu tolluntur vel minuuntur, intelligit res, quæ uſu deteriores fiunt, ſed quæ per partes conſumuntur, veluti ſi cui uſusfructus aliquot modiorum frumenti legatus ſit. Illud utique certum eſt, veſtes non eſſe ex earum rerum numero, quæ in genere ſuo functionem recipiunt, quarumve datione in creditum ire poſſumus. Atqui non magis poteſt extra eas res eſſe quaſi uſusfructus, quàm mutuum. Denique veſtimenta in rebus, quæ uſu delentur, numeranda non eſſe verumque eorum uſum arguit, quòd alteri commodari, & locari poſſunt; quod ſecus eſt in iis, quæ ipſo uſu tolluntur, *§. pen. inſ. de locat. junct. l. 3. commod. in fin.* Dicendum igitur omnino eſt, ut manciplorum, jumentorum, ſupellectilis, aliarumque rerum mobilium, licèt uſu atterantur, verus eſt & naturalis uſusfructus, ita & veſtimentorum eſſe. Ea propter uſufructu veſtimentorum legato, non dabuntur ea legatario, ut ejus fiant, ut pro libitu ea conſumere, ſive abuti poſſit, uti ſit legato uſufructu rerum fungibilium: ſed ut iis utatur, quomodò vir bonus uteretur, *leg. 15. §. & §. 4. hoc tit.* quod veri uſusfructus proprium eſſe oſtendit prima clauſula cautionis quæ in vero uſufructu deſideratur, *l. 1. uſuſr. quem cau.* neque ſatisdabit legatarius, ſe ejuſdem generis veſtes finito uſufructu reſtituturum, aut earum æſtimationem, ut ſit in uſufructu earum rerum, quæ uſu conſumuntur. *leg. 7. hoc tit.* ſed rem ipſam & ſpeciem, quam accepit, *l. 9. pen. uſuſr. qu. cau.* juxta alteram clauſulã cautionis in vero uſufructu receptæ. Neque enim hac parte cautionis continetur, ut promiſſor rem reſtituat non deteriorem, quàm erat tempore conſtituti uſusfructus: ſatis enim eſt, ſi dolo aut culpa ejus deterior facta non ſit: nulla verò culpa in eo eſt, qui utitur quod accepit, in eam rem, in quam accepit, ut reſponſum eſt de re commodata dete-

Digitized by Google

deteriore reddita ſine culpa commodatarii, *l.* 10. *in pr. commod.* ideòque liberatur reſtituendo corpus, quod ſupereſt, aut poſt uſum extat; unde & in propoſito formula cautionis non de re ipſa reſtituenda, ſed de eo, quod inde extabit, ferè concipi ſolet, *l.* 1. *in pr. & §. ult. uſufr. quem. cau.* Sed etſi cautum ſit de re ipſa reſtituenda, idem tamen juris eſt; ut in hac ipſa ſpecie, quam tractamus, Ulpianus ex Pomponio refert, *d. l.* 9. *§. pen. uſufruct. quem. cau.* quod cùm animadverteret Cantiuncula, putavit, id neſcio qua ſpeciali ratione receptum eſſe in quaſi uſufructu veſtimentorum. Accurſius errorem Triboniani duplici commento tegere conatur, uno in *d. l.* 15. §. 4. *hoc tit.* altero ad *hunc* §. Illic, ut ex verbis ejus colligitur, intereſſe exiſtimat, utrùm veſtimentorum uſusfructus legatus ſit tanquam quantitatis, hoc eſt, æſtimatorum, an verò ſimpliciter, ut cujuſvis alterius corporis. Hoc caſu fatetur verum uſumfructum relictum eſſe, & reſtitutione ejus, quod finito uſu ſupereſt, legatarium liberari, per *d. l.* 9. *§. pen. uſufr. quem. cau.* illo autem caſu quaſi uſumfructum veſtium legatum videri, finitoque uſufructu reddendam eſſe æſtimationem: quod & Aretin. & Fab. ſequuntur, eòque referunt hunc §. At hoc poſito, jam non tam veſtium, quàm ipſius pretii quaſi uſusfructus erit, quod idcirco & ſolum reſtituendum, non veſtes ejuſdem generis: poteſtque hoc uſuvenire & in aliis rebus æſtimato utendis fruendis datis, haud abſimili ratione, qua ſpecies æſtimari & in cauſam mutui converti poſſunt, *l.* 11. *ſi cert. pet. l.* 8. *C. pro eod. l. pro annos* 25. *C. de uſufr.* Hoc igitur parum pro Triboniano facit. Locus ipſe, unde diſtinctionem iſtam collegit Accurſius, mendoſus videtur, nempe, *d. l.* 15. §. 4. *hoc tit.* neque enim dubito, quin verba illa, *non ſicut quantitatis uſusfructus legetur*, irrepritia ſint, & ab imperito aliquo gloſſatore profecta, volente gratificari Triboniano: nam & conſtructionem turbant, & perplexum efficiunt ſenſum. Quod miror ante Bachovium neminem obſervaſſe. Alterum, quod Accurſius ad defenſionem Triboniani comminiſcitur, eſt in explicatione hujus §. ubi duo genera veſtium facit; unum temporalium; alterum perpetuarum: atque inter hæc genera hoc diſcrimen ponit, quod in temporalibus fictus, in perpetuis verus uſusfructus conſiſtat. Temporalium (de quibus ſolis hic Tribonianus loquatur) appellatione intelligit quotidianas: perpetuarum, funebres & ſcenicas: quarum rarior uſus. Verùm huic diſtinctioni palam repugnat *d. l.* 15. §. 4. & inter quotidianæ & ſcenicæ veſtis uſumfructum hoc tantùm intereſſe eo loco & §. ſeq. docet Juriſconſultus, quòd ſcenica à fructuario locari poſſit, quotidiana non item. Quamvis ſecundùm Accurſii diſtinctionem judicatum tradat *Theſſaur. deciſ.* 80. *n.* 1. veſtium quotidianarum uſufructu legato, cavendum eſſe de reſtitutione veſtium in eadem bonitate, vel pretii illarum facta æſtimatione. Si quid ad excuſandum Tribonianum vel quæſito colore afferri poteſt, illud unum eſt, quod Don. 10. *comm.* 4. exiſtimant, eum materiarum poſuiſſe pro materia μετωνυμικῶς, veſtimenta pro lana, unde veſtimenta conficiuntur, *vid. l. pen. de uſufr. jur. ver.*

Quibus proxima eſt pecunia numerata] Generali pecuniæ appellatione continentur omnia, quæ in patrimonio ſunt, *l.* 5. *l. pecuniæ.* 222. *de verb. ſign.* & ideò ait, pecunia numerata. Qua voce tantùm deſignantur nummi, hoc eſt, æs, aurum aut argentum ſignatum, ſive publica forma percuſſum, ut jam non tam uſum dominiumque ex ſubſtantia præbeat, quàm ex quantitate ſeu valore impoſititio, *l.* 1. *de contr. empt.* Auri autem vel argenti non ſignati quin uſus eſſe ſine abuſu poſſit, veluti vaſorum aureorum, vel argenteorum, non eſt dubitandum, *l. ult. uſuf. quem. cau.* Quin & numiſmatum veterum aureorum vel argenteorum, qui pro gemmis ad ornatum uti ſolent, uſusfructus rectè legatur, *l. numiſmatum.* 28. *hoc tit.*

Quodammodò extinguitur] Rectè, *quodammodò*: non enim ut vinum, oleum, frumentum 3 utendo, ita pecunia permutando abſumitur, & revera ac naturaliter perit. Ut enim pecuniam maximè cum re permutemus, ſolvamus, donemus alii; ſemper tamen manent ipſa corpora nummorum, nec uſu delentur: At ſi ſpectamus eum, qui pecunia utitur alienando & expendendo, vi ipſa illi eo uſu conſumitur & perit. Tam enim eo caſu dominus ac poſſeſſor eſſe deſinit, quàm ſi conſumpſiſſet. Inter res, quæ uſu conſumuntur, numerandæ etiam, quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca & odores, *leg. pen. de uſ. ear. rer.* item quarum ita uſus eſt ad res alias conficiendas, ut, niſi mutatæ ad eas res conferantur, ipſæ per ſe prope ſint inutiles: qualis eſt lana, qua ad veſtimenta & ſtragula conficienda utimur, *d. l. pen.* ad quas res ſi conferatur, ipſo uſu eam perire neceſſe eſt: quippe quæ priùs nenda & in filum transformanda, deinde ex filo texendum id corpus, quod inde extare volumus, *leg. ſed ſi meis* 26. *de acq. rer. dom.*

Utilitatis cauſa Senatus conſult.] *l.* 1. *&* 2. *de uſ. ear. rer.* Quò latior eſſet morientium voluntas, effectum eſt Senatuſconſulto, ut earum quoque rerum, quæ uſu conſumuntur, quaſi quidam uſusfructus conſtitui poſſit, utque illi, qui volent hujuſmodi res pleno & perpetuo jure eſſe legatarii, uſufructu earum legato id conſequerentur. In quo conſtituendo cum Senatus favorem ultimæ voluntatis reſpexerit, ut apparet ex eo, quod tantùm legari harum rerum uſusfructus ſit mentio, tum hoc loco, tum *tot. tit. eod. l. uſufructu* 69. *ad leg. Falc.* item apud Ulp. *tit. de legat. §. Senatus* 25. nuſquam aliter conſtitui, non ſine cauſa Hotom. & Vveſ. cum Conan. 4. *comm.* 3. exiſtimant, conventione inter vivos non idem effici poſſe. Quamquam ſemel admiſſo & recepto in legatis harum rerum uſufructu, nihil admodum video, quod obſtet,

quo-

Digitized by Google

quominùs id jus produci poſſit ad conventiones. Planè publicea auctoritate opus fuit, ut ab initio introduceretur.

Hæredi utiliter caveatur] Datis ſcilicet fidejuſſoribus: nam & hæc cautio ſatisdatio eſt, ut in vero uſufructu, *l.8.l.9.& 10.eod. l. 7. §. 1. uſufr. quem caveat*, & bis hoc eodem in loco fit mentio ſatisdationis. Remedio igitur cautionis introducto cœpit hic quaſi uſusfructus haberi, *l.2.§.1. hoc tit.* ſive ut ait Juſtinian. in calce hujus §. Senatus per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit, imaginem ſcilicet veri, ut hic quoque apud alium proprietas eſſe, apud alium uſusfructus quodammodò videri poſſit. Nam licèt hæres ita dentur legatario, ut ejus fiant conſumendi cauſa: tamen propter cautionem, quæ in locum proprietatis rerum apud hæredem ſuccedit, videntur adhuc alienæ, & legatarius uſumfructum dumtaxat earum habere, propterea quod finito uſu eamdem quantitatem, quam accepit, reſtituere debet. Eſt autem hæc cautio non minùs neceſſaria in hoc uſufructu, quàm alia illa in vero; neque magis, quàm illa, teſtamento remitti poteſt, *l. 1. C. de uſufr. l. 6. ut in poſſ. leg.* Illud quæſitum, an cautio hæc ſit de ſubſtantia hujus uſus-
4 fructus. Et ſiquidem hoc quæratur, an neceſſariò præſtanda ſit, antequàm res utendæ dentur, aut rebus traditis nihilominùs exigi poſſit, res expedita eſt. Nam & in vero uſufructu non ante res ipſa aut fructus transferuntur, quàm præſtita cautione illius uſusfructus propria, *l. 13. de uſufr. l. 4. Cod. eod.* alioqui & res tradita vendicari, & omiſſa ſtipulatio condici poteſt, *l. 7. uſufr. quem. cav.* Si verò hoc, an forma quaſi uſufructus in cautione conſiſtat, abſurda eſt & inepta quæſtio, cùm non magis cautio, quæ in hoc quaſi uſufructu loco proprietatis eſt, forma hujus uſufructus dici poſſit, quàm proprietas veri & naturalis. Sed illud fortaſſe quæritur, an non quemadmodum verus uſusfructus nullus eſt ſine proprietate, quæ ei ex adverſo opponatur, ita nec quaſi uſusfructus intelligi poſſit ſine cautione, quæ vicem proprietatis ſubeat. Et certum, eſt nec quaſi uſumfructum intelligi poſſe, niſi ſit aliquid, quod repræſentet proprietatem: quod etiam facit cautio, ubi ea præſtita eſt: cæterum ea ab herede omiſſa, nihilominùs uſusfructus intelligitur, atque interim jus exigendi cautionem, & finito uſufructu condicendi quantitatem loco proprietatis poteſtate Senatuſconſulti habebitur, *l. 5. §. 1. hoc tit.* ut ne eo quidem ſenſu cautio omnimodò neceſſaria ſit, aut de ſubſtantia quaſi uſusfructus. Hoc poſito nemo dubitabit, quin cautio hæc ab hærede remitti poſſit, & fructuarium ſine vitio poſſidentem, etiam ante cautionem præſtitam, commodum rei ſequi debeat, ut juris eſt in vero uſufructu: accuratè *Pinel. ad l. 2. C. de bon. matern. part. 2. num. 77. & ſeqq. Caſtill. tract. de uſufruct. cap. 15. & 16.* Planè eatenus de ſubſtantia quaſi uſusfructus cautio eſſe dici poteſt, quatenus conſideratur ut per eam primùm à Senatu introductus & conſtitutus. Obiter addo, generaliter cautum Senatuſconſulto fuiſſe, ut omnium rerum, quæ in bonis ſunt, uſusfructus legari poſſit, *l. 1. l. 3. hoc tit. l. 1. de uſufr. leg. l. uſufruct. 69. ad leg. Falc.* atque ex eo tempore uſufructu bonorum omnium legato, etiam earum rerum, quæ uſu conſumuntur, uſumfructum legato contineri intelligi cœpiſſe, *argum. l. uxori meæ 37. de uſuf. leg. l. 1. Cod. de uſufr.* cùm ante id Senatuſconſultum alio jure Romani uterentur, ut conſtat ex loco M. Ciceronis *in Top.* ubi ſcribit: *Non debeat ea mulier, cui vir bonorum ſuorum uſumfructum legaverit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare, id ad ſe pertinere. Uſus enim*, inquit, *non abuſus, relictus eſt. Add. Alciat. lib. 7. parerg. cap. 2. Mant. de conj. ultim. volunt. libr. 9. tit. 6. in pr. Caſtill. dict. tract. cap. 38. num. 10. & 11. Menoch. lib. 4. de præſumpt. 142. numer. 14.* Planè ſi rerum mobilium dumtaxat uſusfructus relictus ſit, res fungibiles legato non contineri verius eſt, *Caſtill. dict. loc.*

De tanta pecunia reſtituenda, ſi morietur, aut 5
capite minuetur.] Cautio quaſi fructuaria duas partes habet, quarum una eſt de reſtitutione, altera de reſtitutionis modo. Quippe clauſula cautionis fructuariæ, de utendo boni viri arbitratu, ad quaſi uſumfructum non pertinet, ut rectè *Caſtill. d. tr. de uſufr. cap. 15. num. 13. & 31.* contra communem. Ad reſtitutionem quod attinet, promittit fructuarius, ſe reſtituturum nô eadem corpora, quæ accepit, quod conſumptis iis fieri non poteſt: ſed tantumdem, ſive pecuniæ uſusfructus relictus ſit, ſive vini, olei, frumenti, aut ſimilium rerum. Cæterum ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere poſſet, commodius eſt in vino & rebus ſimilibus; eas res dari fructuario æſtimatas, eumque certæ pecuniæ nomine cavere, *l. 7. hoc tit.* atque ita moderandum quod ait Juſtinianus, *His rebus æſtimatis ſatisdari.* Pars hæc cautionis vel maximè facit, ut in his rebus velut quidam uſusfructus haberi incipiat. Nam quod res reſtitui debet, videtur aliena; & quod tantumdem, videtur reſtitui res ipſa. Sunt enim hæ res ejus naturæ, ut in genere ſuo functionem recipiant, hoc eſt, idem inter ſe mutuò præſtent, dum idem genus redditur, *leg 2. §. 1. de reb. cred.* Apparet autem ex hac parte cautionis & obligatione fructuarii, errare Mynſ. qui putat, caſus fortuitos, & rei periculum, tam in quaſi uſufructu, quàm in vero, ad proprietarium pertinere: in quo errore & Bald. fuit. Quomodò enim liberabitur fructuarius peremptis rebus, quas non debuit? Promiſit alias ejuſdem generis, aut æſtimationem: promiſit incertas, res incertæ perire non poſſunt. Sed & ipſa rerum proprietas in quaſi uſufructu revera transfertur in fructuarium. Ut omnino non videam, cur non idem hic obtinere debeat, quod in rebus mutuò datis, quarum periculum præſtat qui accepit, *§. 2. inſ. quib. mod. re cont. oblig.* Pars altera hujus cautionis eſt

Digitized by Google

conditio reſtitutionis, quæ hunc uſumfructum etiam à mutuo ſeparat. Ea hæc eſt; *Si fructuarius morietur, aut capite minuetur*. Soli enim hi duo caſus interponuntur, mortis & capitis deminutionis: quoniam rerum, quæ uſu conſumuntur, uſus aliter amitti non poteſt, *l.9. hoc tit. l.7. §.1. uſufr. qu. cau.* Nam cùm harum rerum proprietas in fructuarium tranſeat, & hoc agatur, ut pro arbitratu ſuo iis utatur, & non eaſdem, quas accepit, ſed alias ejuſdem qualitatis reſtituat, non poteſt hic non utendo, interitu, aut mutatione rerum uſusfructus extingui. Capitis autem deminutionem accipiemus maximam & mediam dumtaxat; nam jus vetus, quo uſusfructus omnis etiam minima capitis deminutione peribat, in hac quoque ſpecie mutatum eſſe à Juſtiniano, non eſt ambigendum, *l.pen. §. ult. C. hoc tit. de uſufr.*

TEXTUS.

Quibus modis finitur.

3. *Finitur autem uſusfructus morte uſufructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus; quæ omnia noſtra ſtatuit conſtitutio. Item finitur uſusfructus, ſi domino proprietatis ab uſufructuario cedatur, (nam cedendo extraneo nihil agitur) vel ex contrario, ſi uſufructuarius proprietatem rei acquiſierit: quæ rei conſolidatio appellatur. Eò ampliùs conſtat, ſi ædes incendio conſumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, uſumfructum, & ne areæ quidem uſumfructum deberi.*

NOTÆ.

3. *Maxima & media*] Ante Juſt. etiam minima, Paul. 3. *ſent.6. l.pen. §. ult. C. h. t.*

Per modum] Utenti in conſtituendo præſcriptum, τῷ τρόπῳ ὡρισμένῳ. Th. arg. *l.2. de aq. quot. l.10. §. 1. l. 18. quem. ſerv. am.* unde & exempla uti poſſunt.

Cedendo extraneo nihil agitur] Scil. in perſona extranei, & reſpectu intentionis cedentis. Cæterum nihilominus uſusfructus ad proprietatem recurrit, *l.66. D. de jur. dot.* quod pleniùs probamus in *comment.*

Conſolidatio] *l.3. §. ult. l.6. de uſufr. acc.* à ſolido jure, ſolida proprietate, *l.9. §. ult. de acq. pl. arc. l. 26. ſub fin. de uſ. leg.* dicitur etiam confuſio, *l. 4. uſ. quem. cau.*

Ne areæ quidem] *leg. 5. §. 2. quibus modis uſ. am.* quia ædes ampliùs non ſunt, aut nominantur: & ex contrario ſi areæ fructuariæ domus impoſita ſit, uſusfructus interit, *d. l. 5. §. 3.* Similia habes, *l.10 §. ult. l. ult. eod.* Aliud juris eſt in legato ipſius rei: quippe legata proprietate nihil eſt in re legata, aut ex ea, quod legato non contineatur, *leg. 22. de leg. 1. §. 18. inf. de leg.* eademque ratio rei nexæ pignori, *leg. 21. D. de pign. act.*

COMMENTARIUS.

1 *An quemadmodum adrogatione, ita & adoptione & emancipatione jure veteri uſusfructus perierit.*

2 *Amitti poſſe uſumfructum non utendo per modum utendi conſtitutum, & quis non uti intelligatur.*

3 *Quanto tempore non utendo uſusfructus amittatur.*

4 *Uſumfructum extraneo ceſſum ad proprietatem ſtatim reverti, contra Veſ. Vincl. & alios.*

5 *Quando mutatione rei fructuariæ interior ſpecie mutata aut non mutata intelligatur.*

6 *Cur placeat, uſumfructum aliquando mutatione rei extingui, etiam in partibus, quæ mutato toto ſuperſunt; in cætero autem jure, qualiſcumque mutatio inciderit, ſi quid adhuc reſtet, in eo idem jus, quod in toto fuerat, remanere.*

QUid ſit uſusfructus, quibus modis conſtituatur, quæ res uſumfructum recipiant, intellectum eſt; reſtat ultimum, ut videamus, quibus modis finiatur. De vero uſufructu hoc nunc quæritur: Et in univerſum finitur tribus ex cauſis. Aut ſoluto jure auctoris; veluti ſi uſumfructum ſub conditione legatum hæres interim alteri conſtituerit, & conditio extiterit, *l. ſi ſub conditione. 16. quib. mod. uſ. am.* quod & in reliquo jure à domino conſtituto ſimiliter accidit, *l. lex vectigali. 31. de pign.* Aut lege conſtitutionis, veluti ſi uſufructu ad conditionem vel ad diem conſtituto, conditio extiterit, aut dies venerit, *leg. 4. de uſufruct. leg. un. §. ultim. quand. dies uſ. leg. ced. leg. 15. leg. 12. Cod. de uſufruct.* Aut natura ſua, idque vel ex perſona fructuarii, vel ex conjunctione uſusfructus cum proprietate, vel ex re ipſa, ut ex ſubjectis apparebit.

Morte fructuarii] Ex perſona fructuarii triplici modo uſusfructus finitur. Primùm morte ejus, ſicut jura omnia, quæ perſonæ cohærent, cum perſona extinguuntur, *l.3. in fin. hoc tit. l.3. Cod. de uſufruct. l.8. §.3. de lib. leg. l. quia tale 11. ſol. matr.* in ſervo mors domini, in filio ſuperſtite poſt obitum patris, ipſius filii; ante mortuo, ipſius patris ſpectatur, quaſi duplici uſufructu conſtituto, *l. ult. Cod. de uſufruct.* Civitati aut municipibus uſumfructum relictum placet centum annos durare: quia is finis vitæ eſt hominis longævi, *l. an uſusfructus 56. de uſufr. l.8. de uſufr. leg.* Enimverò ſi interim civitas everſa ſit, aut aratrum paſſa, quaſi morte uſumfructum habere deſinit, *l. ſi uſusfruct. 21. hoc tit.* Adeò autem morte finitur uſusfructus, ut licèt qualicumque alia ratione amiſſus repeti poſſit, morte

ta-

tamen non poſſit, niſi fortè hæredibus legetur,
l.5. in præced. quo facto non tam repetitur, quàm
novus conſtituitur in perſona hæredum. Nec ta-
men ſi ita legatus ſit, ad ſecundos ſucceſſores
pertinebit, ſed primis defunctis finietur. Nam in
re ſui natura non tranſitoria ad hæredes, hæredis
appellatio ſolum primum heredem, non ulterio-
res continet, ut notant *interpp. ad l. heredis 65.
de verb. ſign.* Cæterùm malè Canciunc. Mynſ.
Schneid. & Gœd. ad *d.l.65. num.7.* putant, eam-
dem hanc ſpeciem tractari in *leg. cum antiqui-
tas. C. de uſufr.* cum nulla ibi quæſtio ſit de hæ-
rede legatarii, ſed teſtatoris: legatario enim non
uſusfructus, ſed proprietas legata proponitur,
ſicut Gloſſa & D. Gothofr. caſum formant:
quamvis ratio decidendi eadem ſit, & in utra-
que ſpecie tam manifeſta, ut Juſtinianus haud
facilè mihi perſuaſerit, veterum quemquam hìc
hæſitaſſe.

Capitis deminutione maxima & media] Hic
alter modus eſt, quo finitur uſusfructus ex per-
ſona fructuarii, & finitimus præcedenti: ſiqui-
dem & maxima mediaque capitis deminutione
mors quædam contingit, nimirum civilis, dum
illa libertatem, hæc civitatem adimit, *l. verum
63. §. ult. pro ſoc. l.1. §. pen. de bon. poſſ. cont. tab. l.
antepen. de reg. jur. §. 1. & 3. ſup. quib. mod. jus pat.
pot. ſolv.* cui conſequens eſt, non magis uſumfru-
ctum his modis amiſſum repeti poſſe, quàm
1 amiſſum morte naturali. Olim etiam amitteba-
tur uſusfructus capitis deminutione minima, ad
rogatione ſcilicet, vel adoptione, aut emancipa-
tione, teſte Paulo *3. ſent. 6. §. capitis.* & Juſtiniano
l. pen. §. ult. C. de uſufr. Atque ad hanc ſpeciem
tantùm referri poteſt, quod de repetitione uſus-
fructus capitis deminutione amiſſi legimus cum
alibi, tum præſertim *l.3. hoc tit.* in quo fallitur
D. Connan. *4. comm. 6.* Cur autem veteribus pla-
cuerit etiam ex capitis minutione, quæ ſalva ci-
vitate contingit, uſumfructum amitti, ratio non
tam obſcura eſt, ut pleriſque videtur: utique in
adrogatione obvia. Nam cùm omnia, quæ ſunt
adrogati, facta adrogatione, ex ratione juris ve-
teris acquirantur adrogato, *l. ſi paterfam. 15. de
adopt. l. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab.* neceſſe eſt, ut
uſusfructus, qui in perſona adrogati ampliùs
cõſiſtere nequit; vel ſimul in adrogatorem trans-
feratur, vel ad proprietatem redeat. Illud ratio
juris non patitur: ſupereſt ergo, ut redeat ad
proprietatem: quod & Juſtinianus indicat, *§. 1.
inſ. de acq. per adrog.* De adoptione & emancipa-
tione idem dici non poteſt. Unde Bachovius
exiſtimat, jus illud vetus pertinuiſſe dumtaxat ad
adrogationem. Sed tamen Paulus *d. loc.* expreſsè
teſtatur etiam de adoptione, & de ea quidem in
ſpecie, quæ adrogationi opponitur. Ait enim,
Si ex adrogatione vel adoptione ſtatum mutaverit.
Et Juſtinianus *d. l. pen.* etiam de emancipatione:
& alioqui fruſtra dubitatum fuiſſet, an emanci-
patione filii uſusfructus per eum patri quæſitus
extingueretur, *l. ult. C. eod.* Verùm enim verò cùm
ex conſtitutione juris antiqui filiusfam. nihil
proprium haberet, præter caſtrenſe peculium,
non potuit extra cauſam illius peculii de uſu-
fructu, quem filius ipſe haberet, amittendo diſpu-
tari. Solùm potuit tunc, cùm ex peculio caſtrenſi
uſumfructum ſibi comparaſſet: nam empta ex
peculio caſtrenſi conditionem illius peculii ſe-
quuntur, *l.1. C. de caſtr. pec. l.12.* cujuſmodi etiam
ſpeciem proponit Juſtinianus, *d. l. pen.* & ait,
uſumfructum ex ea cauſa filio quæſitum per
emancipationem, ex definitione juris veteris
periiſſe: quod haud dubiè in adoptione quoque
obtinuit, cùm planè eadem ſit utriuſque in pro-
poſito ratio. Non enim alia de cauſa uſusfructus
his modis intercidit, quàm quia fructuarius, mu-
tata familia & priore ſtatu perſonæ, alius eſſe
credebatur ab eo, qui ante fuerat, redactus etiam
anteà in imaginariam ſervilem cauſam, *l. 3. §. 1.
de cap. min. l. ult. C. de emanc. lib.* An verò uſusfru-
ctus ſi juris ſubtilitate extinctus, ex edicto de
capite minutis reſtituendus fuerit, ſicut pleræ-
que obligationes eodem modo amiſſæ reſtitue-
bantur, non definio. Affirmat id quidem D. Ba-
chovius: etenim neque jura omnia capitis de-
minutione amiſſa reſtituebantur, veluti tutelæ,
hæreditates legitimæ: & obligationes ideò præ-
tor reſtituebat, ne contra naturalem æquitatem
alteri per alterum iniqua conditio inferretur.
Emancipatus verò aut datus in adoptionem de
facto alieno queri non poſſunt: eſt enim quod
ſibi imputent, quòd ſcilicet paſſi ſint ſe emanci-
pari aut in adoptionem dari, cùm id pati non co-
gerentur, *l.5. de adopt. l. pen. C. de emanc. lib. Paul.
2. ſent. 25.* Quocumque modo res habet, conſtat,
Juſtinianum jus vetus, quo uſusfructus capitis
minutione amittebatur, aboleviſſe, quantum atti-
net ad eam, quæ ſalva civitate contingit, *d. l. pen.
§. ult.* & voluiſſe uſumfructum etiam ſimpliciter
filio relictum, mortuo patre, etiam poſt eman-
cipationem filii, in perſona filii durare, *l. ult. C.
eod.* Enimverò ita demum amittebatur capitis
deminutione uſusfructus, ſi jam conſtitutus erat:
cæterum ſi ante aditam hæreditatem aut ante
diem uſusfructus cedentem quis capite minutus
fuerat, non amittebatur, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Item ſi
unus uſusfructus relictus erat, non ſi plures;
veluti ſi uſusfructus legatus fuiſſet in ſingulos
annos, vel menſes, vel dies. Hic enim quia com-
memoratio temporum repetitionis poteſtatem
habet, *l.2. §.1. eod.* placebat per ſingula tempora
adjectam diem cedere, & illius anni, menſis, diei
uſumfructum amitti, qui jam proceſſerat, *d. l. 1.
§. ult.* quarum rerum evidens jure veteri effe-
ctus fuit. Ex his, quæ dicta ſunt, manifeſtum eſt,
Tribonianum interpolaſſe *l.1 de uſufr. leg.* & ver-
ba illa, *ex magna cauſa*, quæ in calce ſunt, re-
ſponſo Jureconſulti aſſuiſſe. *Ruſſard. in not. add.
l.1. Cujac. hic. Caſtill. tract. de uſufruct. cap. 66.
num. 16.*

Non utendo per modum] Poſtremò finitur
uſusfructus ex perſona fructuarii non utendo: 2
& ſiquidem omnino uſus eſt, nullum dubium eſt,
quin pereat uſusfructus: ſed quæritur, an & non

Digitized by Google

utendo per modum rectè dicatur amitti; vel potiùs an talis aliquis modus utenti in conſtituendo uſufructu præſtitui poſſit, ad quem ſi non utatur fructuarius, uſumfructum amittat. Negat id Bachovius erroris Tribonianum inſimulans. At ego non video, cur non poſſit. Nam ſi verbi cauſa Titio legaverim uſumfructum ædium eo modo præſcripto, ut æſtate habitaret, iſque habitaverit hieme; vel ſi ſilvæ uſumfructum alicui legaverim, ut certo tempore & modo ſilvam cæderet, & cæciderit alio tempore & modo, per *l. 2. de acq. coll. l. 10. §. 1. & l. ſeq. l. 18. quem. ſerv. am.* non videbitur uſus, qui ad ſuum modium, *τῷ μέτρῳ ὡριςμένῳ*, uſus non eſt. Non uti autem intelligitur, qui neque per ſe utitur, neque per alios, qui negotia ejus gerunt, aut quibus uſumfructum vendidit, locavit, gratis conceſſit, *l. non utitur 38. de uſufruct.* Quid verò ſi nec illi utantur? & intereſt, donatarius non utatur, an emptor conductorve: nam illo caſu uſusfructus perit, hoc retinetur propter fruitionem pretii aut mercedis. Nam qui pretio fruitur, non minùs habere intelligitur, quàm qui utitur fruitur principali re, *d. l. non utitur & 2. ſeqq.* Poteſt verò uſusfructus & pro parte non utendo amitti, *l. 5. d. tit. l. excepta 14. l. placet. 25. hoc tit. quib. mod. uſ. am.* & eum quoque, qui uſumfructum habet, ſi uſus tantùm ſit, non etiam fruitus, placet uſumfructum amittere. Cæterùm hoc ita, ſi ignorabat ſe uſumfructum habere, non ſi ſciebat, *l. is qui 20. eodem.*

3 *Et tempus.*] Quod diximus, non utendo finiri uſumfructum, id ira eſt, ſi fructuarius uſus non ſit per tempus conſtitutum, intra quod ſi quis uſus non ſit, placeat uſumfructum amitti. Id tempus cùm olim brevius eſſet, Juſtinianus revocavit ad ea ſpatia, quæ ipſe præfinivit uſucapionibus, *l. corruptionem, pen. §. 1. C. hoc tit. de uſufr.* Igitur rei mobilis uſusfructus amittetur non utendo pee triennium; rei immobilis per decem annos inter præſentes, per viginti inter abſentes, *arg. l. un. C. de uſuc. transform. & inſ. de uſuc. in pr.* Atque hæc ſanè temporum diſtinctio optimè convenit tum rationi juris, tum ſententiæ quoque ipſius Juſtiniani in *d. l. pen. §. 1.* Cæterùm ſecum ipſe pugnare videtur, dum in *l. pen. C. de ſervit.* conſtituit, ut eodem tempore & rei mobilis & immobilis uſusfructus non utendo amittatur: & tamen quod ſubiicit de ſervitutibus prædiorum ſimiliter non utendo amittendis, quia tantummodò ſoli rebus annexæ ſint, hoc iis tantùm commune eſt cum uſufructu rerum immobilium; & ita dicitur, quaſi in amittendo uſufructu pro diverſitate rerum tempora ante diſtinxiſſet.

Si domino proprietatis cedatur] Cum vel proprietarius voluntate aut facto fructuarii uſumfructum, vel fructuarius voluntate proprietarii proprietatem adipiſcitur, ea res in ſpecie à Juſtiniano conſolidatio dicitur. In genere autem quævis uſusfructus cum proprietate conjunctio ſive confuſio, conſolidatio eſt. Nam & morte fructuarii, & capitis deminutione, & non utendo conſolidatur uſusfructus cum proprietate, *l. 3. in fin. de uſufr. accreſc. §. ſeq. eod.* Eſt autem hæc ſpecies amiſſionis & ipſa ex natura uſusfructus. Nam cum in una & eadem perſona proprietas & uſusfructus concurrunt, ſolidam unus proprietatem nanciſcitur, neque ampliùs jus utendi fruendi ſeparatum intelligi poteſt, hoc eſt, uſusfructus formalis, de quo hic quæritur, perit.

Cedendo extraneo nihil agitur] Cedendo ſcilicet in jure: nam extra jus, etſi verbum cedere accipimus pro quovis modo concedere, aut jus aliquod alteri conſtituere, etiam fructuarium legimus poſſe ita jus ſuum cedere extraneo, ut patiatur eum uti frui, *l. uſufructu 57. ſol. matrim.* & eum, cui habitatio legata eſt, poſſe eam alteri cedere, hoc eſt, locare, aut vendere, *l. cum antiquitas 13. C. de uſufr.* Diverſi juris ratio mox indicabitur. Verba autem hæc, *nihil agitur*, *Vreſemb. par. hoc tit. Pinel 1. de bonor. matern. p. 3. num. 39. Io. del Caſtill. tract. de uſufr. cap. 69. nu. 20. & ſeq. Bronch. 1. aſſ. 91.* ſic accipiunt, quaſi dixiſſet Imp. cedendo extraneo uſusfructus non finitur, non redit ad dominum proprietatis, nec ad extraneum tranſit, nulli ea ceſſio aut damnum affert aut lucrum: quibus accedit & Ant. Matthæus. Verùm ego exiſtimo, quod & frequentiùs placuit, id quod hic dicitur, nihil agi, referendum eſſe ad intenſionem cedentis & diverſum exitum ceſſionis; quia uſusfructus in extraneum, cui ceſſus 4 eſt, non tranſit, ſive quia per ceſſionem extraneo factam non finitur tranſeundo, ut fit cum ceditur domino proprietatis: nihilominùs tamen ex accidenti & præter mentem cedentis contingere, ut & hic finiatur, atque ad proprietatem redeat, cùm à perſona diſcedere ſine interitu ſuo non poſſit, *l. vel ſi 15. fam. erc.* Atque ita terminis diſertè reſponſum eſt à Pomponio, *l. ſi uſusfructus 66. de jur. dot.* Quæritur eo loco, qua ratione uſusfructus in dotem marito datus à domino proprietatis, ſoluto matrimonio mulieri ſine fraude ipſius reddi poſſit: & ait Jureconſultus, à fructuario cedi non poſſe niſi domino proprietatis; & ſi extraneo cedatur, nihil ad eum tranſire, ſed ad dominum proprietatis reverſurum uſumfructum. Quia igitur in propoſito ceſſio mulieri damnoſa foret recurrente uſufructu ad proprietatem, hoc conſilii Jureconſultus dat, ut uſusfructus mulieri locetur, vel vendatur uno nummo: ita fore, ut ipſo jure penes maritum remanente, facultatem fructuum percipiendorum mulier conſequatur. Hoc reſponſum non ſatis pinſiculatè examinaſſe videntur auctores paulò ante memorati, dum negant ex eo effici, quod nos dicimus, uſumfructum ſtatim ut ceſſus eſt extraneo, ad proprietatem redire: ſed hoc faltem, rediturum ſuo tempore, ſcilicet morte fructuarii aut aliis modis finitum. Nam hoc etiam futurum eſt, remedio, quod Jureconſultus ſuggerit, adhibito. Sed & quod ait, eo demum adhibito jus ipſum penes maritum remanere, certum

arguit

argumentum eſt eo omiſſo non remanere. Poſtremò ſi non ſtatim poſt ceſſionem cum proprietate uſusfructus conjungitur, nullum mulieri præjudicium maritus cedendo faciet, conſequeturque mulier id ipſum, quod quærebatur, & quo nihil amplius deſiderare poteſt, perceptionem fructuum, uſque dum morte mariti uſusfructus finiatur. Quorſum igitur conſilium Jureconſulti? Aut cur negat in propoſito quicquam tranſire? Non eſt contrarium, quòd fructuarius jus ſuum cuivis extraneo vendere, aut gratis etiam concedere poteſt, *§.1. inf. tit. prox. l.12. §.2. l. non utitur 38. de uſufr.* Nam qui vendit uſumfructum, aut alteri concedit, non hoc agere intelligitur, ut jus omne totum, quod habet, à ſe dimittat, & transferat in alium; ſed ut retento jure, quod ex conſtitutione perſonæ ejus inhæret, facultas tantùm fructuum percipiendorum ad alium pertineat, quamdiu jus illud in perſona ſua durabit. Quod & ipſum etiam tunc obtinet, cum uſusfructus venditus eſt domino proprietatis, *l. Pomponius 19. §.1. hoc tit. quib. mod. uſ. am.* indeque eſt, quòd finiri dicitur uſusfructus, non ſi vendatur proprietario, ſed ſi cedatur. Quod neſcio an quis alius animadverterit. Ceſſio autem vetus eſt & proprium alienationis genus, quæ fiebat in jure apud prætorem, quaque id agebatur, ut à cedente jus omne quod habebat, penitus abiret, & transferretur in eum, cui cedebatur. Cujus meminit *Cic. in Top. & Boet. ibid. item Ulp. in frag. tit. 11. & 19. Paul. 5. ſentent. 6.* Igitur in propoſito, diſcedente per ceſſionem à perſona cedentis fructuarii omni jure, quod ante habebat, duorum alterum evenire neceſſe eſt, ut aut in eum, cui ceſſus eſt, uſusfructus tranſeat, & novus conſtituatur fructuarius; aut revertatur ad dominum proprietatis: illud ut fiat, ratio juris non ſinit: relinquitur ergo alterum, ut uſusfructus ad proprietatem recurrat, & conſolidatione finiatur. Similia ſunt, quæ de tutela & hæreditate ceſſa, notat Ulpian. *d. tit. 31. §.6. & dict. tit. 19. §. 13.* Non adeò magni momenti ſunt, quæ porrò huic ſententiæ ſubjiciuntur; veluti quòd ea, quæ perſonæ cohærent, facto ejus mutari non poſſunt, *l. ea quidem, Cod. ſi manc. ita fuerit alien.* Nihil enim minùs hic verum eſt; alioqui ne ipſi quidem domino uſusfructus cedi poſſet. Item quòd non præſtent impedimentum, quæ de jure non ſortiuntur effectum, *cap. non præſtat, de reg. jur. in 6.* ſiquidem novum non eſt, quæ de jure non ſortiuntur effectum, quòd aliis noceant, noceant tamen ei, qui fecit, *l.3. qui & à quib. man. pr. ſup. quibus ex ea man. junct. l.5. C. de ſerv. pign. dat. man. §. ult. infr. de donat. l. hæres 28. qui à quib. man. junct. l. ſi quis inquilinos 112. §.1. de legat. 1. l. actione 65. §. 3. pro ſoc.* ſufficitque ad hoc, peccatum eſſe ignorantiam juris, licèt delictum propriè non verſetur, *arg. leg. regula in pr. & §. ſi quis 5. de jur. & fact. ign. l. cum quis 10. C. de jur. & fact. ign. l. err. Cod. ad leg. Falc.* & paſſim alias. Quæ non valent, ut fiunt; puniuntur, quia non fiunt uti oportet, *tit. de his quæ ut indign. auf. titul. de jur. fiſc. & ſimilib.* In ſumma, non eſt novum, ut quod de jure non ſortitur effectum ratione unius, ut ei proſit, ſortiatur tamen reſpectu alterius, ut ei noceat. Exempla in *leg. planè 34. pr. de legat. 1. l. licet 20. l. legatum 24. §.1. de adim. leg.* ſicut nec illud ut, qui malè agit, nihil agere dicatur, *pr. Inſt. quibus ex cauſ. man. junct. l.5. de ſerv. pign. dat. man. l.13. de donat. junct. l.37. §. ult. de acq. rei dom.*

Ne areæ quidem uſumfructum deberi] Supervacuum foret monere, ſublata re fructuaria uſumfructum extingui, ſi nihil aliud eo ſignificaretur, quàm finiri uſumfructum interitu totius rei. Sed ſciendum eſt, hoc etiam pertinere ad eas res, quarum ſpecies interior & forma mutatur, licèt poſt mutationem pleræque partes maneant, quæ erant ejuſdem corporis, in quo uſusfructus conſiſtebat: nam & hic quia res deſinit eſſe, quod priùs fuerat, perindè uſusfructus extinguitur, ac ſi ea in totum ſublata eſſet, nullaque ejus pars ampliùs in rerum natura exiſteret. Quod multis rerum exemplis declaratur, *l.5. §. pen. & ult.* & porrò uſque ad *l.13. item l. pen. & ult. hoc tit. l. qui uſumfructum 36. de uſufruct.* Cæterùm etſi magna mutatio in re facta ſit, ſi tamen ea priorem rei ſpeciem non prorsùs tollat, placet uſumfructum manere, *l.8. & 2. ſeqq. hoc tit. l. ſi cui 53. de uſufr.* Hoc igitur videndum, quando mutatione rei facta forma, ſeu ſpecies prior mutata intelligi debeat. 5 Et de eo ſtatuendum ex mutatione nominis, tenendaque generalis hæc notio; Si talis mutatio inciderit, ut res proptereà in aliud nomen tranſeat, priùs amittat, formam etiam rei mutatam cenſeri, & uſumfructum interire: ſin poſt mutationem vetus nomen maneat, non videri ſpeciem mutatam, atque uſumfructum retineri. Non ſanè quia nomen quidquam pertineat ad ſubſtantiam rei; ſed quia ex nomine, ut ex poſteriori, quale quidque ſit, intelligitur: à forma enim res nomen accipit, eaque mutata iterùm amittit; indeque eſt, quòd per nomina dicimur cognoſcere & dignoſcere rerum naturas, auctore Platone *in Cratyl.* Ad priorem mutationis ſpeciem pertinet exemplum, quod hic & in *d. l.5. §. pen.* affertur de ædibus, quarum uſusfructus legatus erat, ſublatis: nam ſublata ſuperficie, quia ædes ampliùs non ſunt, aut nominantur, forma rei mutata intelligitur; ideòque nec areæ, quæ adhuc ſupereſt, licèt pars ædium fuerit, *l. domo 21. de pign. act. l. quæ res 98. ſub fin. de ſolut.* uſusfructus debetur. Ex contrario quoque ſi in area, cujus uſusfructus legatus eſt, domus poſita ſit, ex mutato nomine rem mutatam intelligimus, & uſumfructum interire, *d. l.5. §. ult.* Similiter ſi quadrigæ uſufructu legato, vel unus ex equis deceſſerit, vel gregis uſufructu legato numerus ovium ad eam paucitatem redactus ſit, ut gregem non conſtituat, unà cum nomine quadrigæ aut gregis uſusfructus extinguitur, *l. quod tamen 10. §. ult. l. ult. eod.* Eamdemque rationem habet, quòd pecorum uſufructu relicto, ſi qua

Digitized by Google

pecora moriantur, adeò pereat uſusfructus, ut nec carnis, aut corii ſuperſit, *l. pen. quibus mod. uſ. am.* Poſterioris generis exemplum eſt, ſi fundi uſusfructus legatus ſit, & villa diruta; nam hic cum nomine fundi, cujus villa tantùm acceſſio eſt, uſumfructum manere placet, *l. 8. l. 9. & d. l. 10. in pr. eod.* Item ſi pars ædium, in quibus uſusfructus conſtiturus erat, licèt maxima, corruerit; pars tamen homogenea, quæ ſupereſt, ut nomen, ita & uſumfructum retinet, etiam
6 totius ſoli, *l. ſi cui 53. hoc tit. de uſufruct.* Quæritur autem hujus juris ratio, & omninò cur placeat, vel aliquando uſumfructum rei mutatione extingui, & in iis etiam partibus, quæ mutato toto adhuc extant: nam in cætero jure generaliter atque indiſtinctè receptum eſt, ut re mutata, qualiſcūque mutatio facta ſit, quid adhuc reſtet, in eo jus idem, quod priùs in toto conſtitutum erat, remaneat. Ut ecce; Inſula legata combuſta eſt, area nihilominus vindicari poteſt, *l. ſi grege 22. de legat. 1.* Domus pignori obligata eſt, ſublata ſuperficie area pignori obligata manet, *l. domo 1. de pign. act. l. Paulus 29. §. 2. de pignor.* Grex legatus eſt, & poſtea numerus ovium in tantum decrevit, ut grex non intelligatur; tamen capita, quæ ſuperſunt, vendicari poſſunt, *d. l. 22. de legat. 1.* Pecora legata mortua, etiam τὰ λείψανα ex legati cauſa debentur, *l. quid ergo 53. §. ſed ſi 5. de legat. 1. junct. l. ſolum 49. §. de rei vend. l. 14. §. 2. de cond. furt.* Cur omnia contra in legato uſufructu rei? Probabile eſt, quod D. Bachovius reſpondet, (dicam autem, ſi poſſum, explicatiùs) ideò in propoſito aliud in uſufructu, aliud in proprietate legata placuiſſe, & uſumfructum amitti, quia incidente ea, quam dixi, mutatione, res ampliùs eum uſum præſtare aut pati non poteſt, qui fuit tempore teſtamenti facti, & quem ſolum teſtator legaſſe cenſeri debet, non alium, quem aliquando res mutata præbere poſſet: atque omninò finito eo uſu, quem tunc res habebat, ſolidam proprietatem ad eum pertinere voluiſſe, cui eam nudam interim reliquerat. Conſtat autem, longè alium uſum eſſe ædium, alium areæ; alium gregis ſive univerſitatis, alium ſingulorum capitum; alium pecoris, alium corii, *l. quid ergo 73. §. 3. de uſufruct.* Cùm verò res ipſa aut proprietas rei legatur, nihil eſt in re legata, aut ex ea, quod dici poteſt legato non contineri. Proprietas uniuſmodi eſt, eadem totius & ſingularum partium: unde & toto diſſoluto, aut mutato, partium, quæ ſuperſunt, proprietas manet. Eademque ratio eſt rei nexæ ſeu pignori obligatæ. Planè ſi univerſorum bonorum uſusfructus legetur, quæcumque in toto aliquo mutatio contingit, ſemper partis, quæ poſt mutationem manet, uſusfructus debetur, & talem, qualem pati poteſt, præſtabit; ſcilicet quia ſub appellatione bonorum etiam ſeparatim partis illius uſusfructus legatus eſt, *l. quoties 34. §. ult. de uſufr.*

TEXTUS.

Si finitus ſit.

4 *Cùm autem finitus fuerit totus uſusfructus, revertitur ſcilicet ad proprietatem, & ex eo tempore unde proprietatis dominus incipit plenam in re habere poteſtatem.*

NOTÆ.

4. *Finitus fuerit totus*] Diſertè *totus*. Quippè qui inter ſe jus habent accreſcendi, *l. 1. & tot. tit. de uſufr. accreſc. Vide fuſiùs in comment.*

COMMENTARIUS.

1 *Propria juris accreſcendi inter plures in eumdem uſumfructum conjunctos.*

T*Otus uſusfructus*] Cum uſusfructus in totum finitus eſt, ad proprietatem, unde diſceſſerat, revertitur, atque ex eo tempore, qui ante formalis erat, cauſalis incipit, ut vulgus Interpp. loqui amat. Ait autem diſcere, *ſi finitus fuerit totus*: nam ſi pro parte tantùm, ita demum pro parte amiſſa ad proprietatem redit, ſi non plures in eumdem uſumfructum conjuncti ſunt, aut conjuncti omnes eum amiſerunt, *l. 1. pr. & §. 3. l. 3. de uſufr. accreſ.* Conjuncti inter ſe
jus accreſcendi habent: de quo jure ex profeſſo 1
dicendum ſub *§. ſi eamdem, inf. de legat.* tantùm quæ propria hujus juris ſunt in uſufructu, hìc obiter notabimus. Sunt autem maximè duo: unum eſt in parte deficiente, & accreſcente: in quo hoc ſingulare, quod & quæſita & deinde amiſſa jus accreſcendi admittat, ſive conjuncto accreſcat, *d. l. 1. §. 3.* alterum in perſona ejus, cui accreſcit, ut & jus accreſcendi habeat, qui ſuam partem vel nō agnovit vel agnitam amiſit, *l. 10. eod.* quorum neutrum obtinet in proprietate pluribus legata, aut in pluribus hæredibus ad tandem hæreditatem vocatis. In his enim ſic jus eſt, primùm ut numquam unius portio, quam ſemel agnovit, alteri collegatario vel cohæredi accreſcat: deinde ut ita demum deficientis ſeu legatarii ſeu hæredis portio accreſcat alteri, ſi is portionem ſuam agnovit, & agnitam habet, *d. §. ſi eadem, l. qui ex duabus 53. §. 1. de acquir. hær. l. 3. §. ultim. & 2. l. ſeq. de bon. poſſeſſ. l. ſi ex pluribus, de ſuis & leg. hær. l. un. §. his ita, & ſeq. C. de cad. toll.* Diverſi juris rationem ex Celſo & Juliano indicat Ulp. *d. l. 1. §. 3.* quia uſusfructus quotidie conſtituitur & legatur, non ut proprietas, eo ſolo tempore, quo vendicari poteſt, hoc eſt, quo nondum quæſita eſt. Hæc una ratio utrumque hoc, quod proprium in uſufructu eſſe diximus, efficit, ut ſcilicet & amiſſus alteri conjuncto, utpotè cui is adhuc legari intelligitur, accreſcat, & accreſcat etiam non agnoſcenti vel amittenti portionem ſuam; quippe cui & ipſi ea portio, quam non amiſit, adhuc legari intel-

Digitized by Google

telligatur. Hinc illa veterum; *Vſufructus non portioni, ſed homini accreſcit, l. 14. §. 1. de exc. rei jud.* Item, *Portio fundi velut alluvio portioni, perſonæ fructus accreſcit, Papin. l. ſi Titio 33. in fin. hoc tit. de uſufr.* Conſul. *Dom. 10. comm. 23. Ioan. Suev. 1. de jur. accreſc. 4. & Clariſſ. I. C. B. M. D. Corn. Smanenburg.* in bello ſuo poſthumo *de jur. accr. cap. 4.*

TITULUS V.
DE USU ET HABITATIONE.

D. Lib. 7. Tit. 8. C. Lib. 3. Tit. 33.

Continuatio: quid ſit uſus, quid uti: quæ onera uſuario incumbant.

EX tribus ſervitutum perſonalium formis una & præcipua ſuperiore titulo explicata eſt, uſusfructus: ſequuntur duæ reliquæ, uſus & habitatio: ac de utraque conjunctim nunc agitur hoc in titulo. Primùm de uſu, quibus modis conſtituatur & amittatur, digito oſtenditur; mox quid contineat, accuratè docetur exemplis uſus fundi, ædium, ſervorum, pecorum; poſtremò tractatur de habitatione. Quo peracto aperitur aditus ad modos acquirendi jure civili. Uſum ſic rectè definiemus, jus alienis rebus utendi, ſalva rerum ſubſtantia. Uſus eſt jus, ſicut & uſusfructus & prædiorum quoque ſervitutes jura ſunt, & dicuntur reſpectu ejus cui debentur. Eſt jus utendi, non etiam fruendi; nam fructui quidem uſus ineſt; at uſui fructus deeſt, *leg. 14. §. 1. hoc tit.* Uti, eſt rem tractare & exercere ad commoditatem aliquam ex ea percipiendam, quæ ſecundùm rei conditionem inde percipi poteſt. Atque hoc uſui commune eſt cum uſufructu, quod uterque in commoditate ex re percipienda verſatur: verùm hoc intereſt, quòd nudus uſus quotidiana utentis ſufficientia & conſumptione terminatur, uſusfructus omne rei emolumentum continetur. Eſt igitur uſus jus utendi dumtaxat, non etiam fruendi: ſed de eo poſtea magis ſeriò. Cætera definitionis etiam uſuifructui conveniunt: nam nec uſus rei propriè ſeparatus intelligitur; & uſuarius ita etiam uti debet, ut ne rem conſumat aut transformet, cauſamve proprietatis deteriorem faciat, eoque nomine cavere, ſcilicet adempta fructus cauſa, uſurum ſe boni viri arbitratu, & cum uſus finitus erit, reſtituturum quod inde extabit, *l. 5. §. 1. 1. pen. uſ. quem. cau. l. pen. §. 2. hoc tit.* quod mirum eſt negare D. Giphanium. In aliis oneribus hæc diſtinctio placuit, ut ſi omnis fructus ad uſuarium redit, etiam onera, puta tributa, & impenſas refectionis culturæve, ferre debeat; ſi ad proprietarium, hunc onera ſequantur: ſi verò ad utrumque, pro rata dividantur, *l. ſi demus 18. eod.*

TEXTUS.

Communia de uſufructu & uſu.

Iiſdem illis modis, quibus uſusfructus conſtituitur, etiam nudus uſus conſtitui ſolet iiſdem illis modis finitur, quibus & uſusfructus deſinit.

NOTÆ.

Iiſdem illis modis] Ex Cajo *leg. 3. §. ult. D. de uſufr. & l. 1. h. t.* Ergo conſtituitur nudus uſus & pactionibus inter vivos & ultima voluntate; amittitur morte, &c. ut *§. 3. ſupr. tit.* Hoc intereſt, quòd uſusfructus & pro parte conſtitui & amitti poteſt, uſus non item, *l. 5. de uſuf. l. 19. h. t.* ubi Paul. ait, frui quidem pro parte poſſe, uti non poſſe.

COMMENTARIUS.

1 *Quid inter uſum & uſumfructum interſit, tum in conſtituendo, tum in amittendo.*

AIt, iiſdem modis nudum uſum conſtitui ſolere, iiſdemque modis amitti, quibus uſusfructus conſtituitur & deſinit; idemque traditur *l. 3. §. ult. de uſufr.* & de conſtitutione, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Conſtituitur igitur & nudus uſus pactionibus & ſtipulationibus; maximè verò teſtamento, ſicut & uſusfructus, *§. 1. tit. præc. l. 3. l. 6. de uſufr. tot. tit. de uſu. & uſufr. leg.* & teſtamento quidem ipſo jure; pactionibus autem accedente facto ſeu traditione conſtituentis, puta ſi uſuarium induxerit in fundum aut ædes, aut patiatur eum uti, *d. l. 3. de uſuf.* Sed & longa quaſi poſſeſſione noſtra uſus acquiri poteſt, ſicut cæteræ ſervitutes omnes, *l. ult. C. de præſcr. long. temp.* Amittitur morte uſuarii, maximaque & media capitis deminutione, non utendo, conſolidatione, interitu & mutatione rei uſuariæ, quibus ſc. modis uſumfructū extingui conſtat, *§. pen. tit. præc.* Eſt tamen quod inter hæc duo & in conſtituendo & in amittendo interſit. In conſtituendo, quod uſusfructus etiam pro parte conſtitui poteſt, uſus non æquè, *l. 5. de uſufr. l. uſus 19. hoc tit.* Etenim frui pro parte nos poſſumus; ſed uſus cujuſque ſemper in ſolidum eſt, *d. l. 19. junct. l. 5. §. ult. commod.* Hoc autem ex eo eſt, quòd uſus tantùm neceſſitati ſervit, & ſolo utentis facto ac conſumptione terminatur, nihil relinquens quod dividi poſſit: in quo ſimilis eſt ſervitutibus prædiorum, quæ & ipſæ, quia in ſolo uſu conſiſtunt & facto terminantur individuæ, *l. via 17. de ſerv. l. 1. §. ſi uſusfructus*

Digitized by Google

9. *ad leg. Falc.* Uſusfructus autem dividuus eſt: quia licèt & ipſe facto ab initio conſiſtat, facto tamen ſolo non terminatur, ſed poſt ſe relinquit & fructuario adiicit fructus atque omnem rei utilitatem, cujus utique diviſio eſſe poteſt, *d. l. 1. §. 9. l. ſed uſufr. 81. ad l. Falc. Cujac. Don. & DD. vulg. ad l. ſtipulationes 72. de verb. obl. Gomeſ. 2. reſ. 10. num. 18. Caſtill. tr. de uſufr. cap.* 31. Adhuc uſumfructum quoque conſtitui legimus in judiciis familiæ erciſcundæ & communi dividundo, ſi judex alteri fundum, alteri uſumfructum adjudicaverit, *leg. 6. §. 1. de uſufr. l. 16. §. 1. fam. erc. l. 6. §. 10. comm. div.* de uſu nihil tale, non magis quàm de ſervitutibus prædiorum. In amittendo hoc intereſt, quòd uſus amiſſus ſemper ad proprietatem redeat, numquam ad conjunctum, ut aliquando uſusfructus. Quinimò plures in eumdem uſum conjungi non poſſunt: nam qua ratione uſus diviſionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Ea propter ſi duobus ejuſdem rei uſus legatus ſit, nulla intelligitur conjunctio aut uſus inter eos communio, nec concurſu partes faciunt. Et ideò altero deficiente nihil alteri accreſcit, ſed quod comiſſum aut amiſſum eſt, ſtatim ad proprietatem redit: ac neque communi dividundo judicio locus eſt inter duos ejuſdem rei uſuarios, *leg. 1. com. div.* ut inter plures ejuſdem rei fructuarios, *l. 7. §. 10. eod. tit.* niſi utili: arg. *leg. 32. de ſtip. ſerv.* & tum res ita tranſigetur, ut uni uſus totus adjudicetur, & is alteri viciſſim condemnetur in præſtationem partis æſtimationis, *leg. 10. §. 1. comm. div.* aut utendi neceſſitas inter eos temporibus dividatur, *per l. arbor. 19. §. ult. d. tit.*

TEXTUS.

Quid interſit inter uſumfructum & uſum fundi.

1. *Minus autem juris eſt in uſu quàm in uſufructu: nam is, qui fundi nudum habet uſum, nihil ulteriùs habere intelligitur quàm ut oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis ad uſum quotidianum utatur: inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi moleſtus ſit, neque iis, per quos opera ruſtica fiunt, impedimento: nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere poteſt: quum is, qui uſumfructum habet, poſſit hæc omnia facere.*

NOTÆ.

2. *Minus juris*] Id eſt, minus emolumenti, nam uſus quotidiana utentis ſufficientia & conſumptione terminatur, *leg. 12. §. 1. h. t.* uſusfructus omnem rei utilitatem continet, *leg. 7. leg. 9. D. de uſufr.* Denique fructuarius defruitur. Defrui eſt omnem rei fructum percipere. Feſt.

Hactenus morari] *l. 11. eod.* ſed explica hæc ex *l. 10. §. ult. l. 12. pr. eod.*

Hæc omnia facere] *l. 12. §. 2. leg. 38. leg. 67. D. de uſufr. l. 8. §. ult. D. de per. & com. rei vend.* retento ſcil. jure, quod perſonæ ejus inhæret, *l. 66. D. de jur. dot.*

COMMENTARIUS.

1 *Uſuarium etiam ex fructibus induſtrialibus ſumere poſſe, quantum ad victum ſibi ſufficiat & qua conditione.*

2 *Modus hujus juris proprius & quàm largè aliquando cum uſuario agatur.*

3 *Quarum partium fundi poſſeſſio quodammodò penes uſuarium.*

4 *Uſuarium rem utendam alii locare aut vendere non poſſe: niſi fortè ex conjecturis appareat, hoc quoque jus ei conceſſum.*

5 *Fructuarium poſſe jus, quod in re fructuaria habet, alteri locare, vendere, gratis concedere: retento ſc. jure, quod ex conſtitutione perſonæ ejus inhæret.*

HOc §. & 3. *ſeqq.* docet Imperator, quid rei cujuſque uſus contineat, & quibus in rebus diſcrepet ab uſufructu: idque exemplo veterum declarat propoſitis ordine quatuor ſpeciebus, uſu fundi, ædium, ſervorum, pecorum; unde reliquarum rerum uſus ſatis intelligi poteſt. Initio tradit generalem regulam, quæ ad rerum omnium uſum ex æquo pertinet. Ait, minus juris eſſe in uſu, quàm in uſufructu; id eſt, minus emolumẽti, ἧττον κέρδος: ſiquidem uſus cujuſcumque rei non plus commoditatis aut utilitatis tribuit, quã quantum uſuario neceſſarium eſt, eique ſufficit ad uſum & conſumptionem quotidianam, arg. *hujus §. & l. plenum 12. §. 1. eod.* Uſusfructus autem extra hanc ſufficientiam & conſumptionem progreditur, omnemque utilitatem, commodum omne, quod quavis ratione ex re percipi poteſt, ſine exceptione continet, *vid. tit. pr. in pr.* Denique & uſus fructui ineſt: & ideò ſi uſufructu legato, uſus adimatur, placet nullam eſſe ademptionem: &, ſi tibi uſus, mihi uſusfructus legetur, concurrere nos in uſu, *l. per ſervum 14. §. 1. & 2. hoc tit.* In ſumma utimur ad indigentiam, fruimur etiam ad compendium: uno verbo, fructuarius defruitur. Defrui dicebant antiqui, teſte Feſto, ut deamare, deperire, ſignificantes, omnem fructum percipere. Planè in pecunia & cæteris rebus, quæ uſu conſumuntur, nihil intereſt, uſus legetur, an uſusfructus: quia uſus in his rebus tantum continet, quantum uſusfructus, *l. 5. §. ult. l. 100. §. 1. de uſufr. ear. rer. quæ uſ. conſ.*

Oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis] De his nulla fuit inter veteres controverſia. Dubitatum de foliis, oleo, frumento, frugibus: ſed obtinuit contra Nervæ ſententiam, ut etiam ex his uſuarius ſumere poſſet, quod ad victum ſibi & familiæ ſuæ ſufficiat; & generaliter ex omnibus, quæ in fundo naſcuntur, *d. l. 12. §. 1. h. tit.* Malim tamen eo loci *pro foliis* legere *olei*, 1

cum

Digitized by Google

eum D. Cujac. *in not. ad hunc loc. & 9. obſ. 37. Don. 10. comm. 25.* ut oleæ & oleum conjungantur cum cæteris, quæ majus proprietarii onus continent: nam ineptum videtur atque iniqnum, uſum foliorum arborum denegare ei, cui pomis, fœno, olete, lignis uti conceditur: & quod de uſu foliorum ex Catone & Columella refert Rævard. *conj. 4.* pecora illis ali ſolita, hoc vel magis ad fœnum pertinet. Stramenta quoque jumentis uſui ſunt & eſui, & poma, & olera, familiæ domini ruſticæ. Nullo autem colore, quod Jureconſultus de foliis indefinitè ennnciat, trahi poteſt ad folia barbarica aut Indica, aut cum Zaſ. *par hoc tit. n. 12.* (nnde tranſtulit Cantiuncula in paraphraſim ſuam) ad folia mori, quam fronde nova pubeſcentem depaſcuntur bombyces; ut palmæ, ex cujus foliis in quibuſdam partibus lanam trahi, & validos funes in Oriente fieri teſtatur *Plin. lib. 13. cap. 4. & lib. 16. c. 24.* Et enr non addiderunt ſcopas etiam è palma fieri ſolitas, quod oſtendit Martial. *lib. 14.* his verſibns:

In pretio ſcopas teſtatur palma fuiſſe.
Sed pretium ſcopis nunc analecta dabunt.

Et fortaſſis hic uſus non minùs Europeæ, quàm Aſiaticæ & exoticæ fuit. Cæterùm ita demum exiſtimo, vinum, frumenta, & cæteras fruges in uſum venire, ſi vindemiarum ſementiſque & aratinois pro ſua parte uſuarius ſumptus ferre velit: quod etſi nuſquam ſcriptum eſt, hnmanitas tamen ſuggerit, & uſu fundi relicto, ſi non major ſit fructus, quàm qui legatario uſui ſit, æquum eſt, ipſum ſolum onera culturæ ſuſtinere, *per l. ſi domus 18. hoc tit.* Manifeſtè autem fallitur Vveſemb. *par. hoc tit. n. 2.* dum ſimpliciter negat, uſuarium uti poſſe frumento aut cæteris fructibus induſtrialibus, contra textum expreſſum *in d. l. 12. §. 1. eod.* & cur cum impenſas ſementis præbet, non utatur terræ matris largitione?

2 *Ad uſum quotidianum*] Modus utendi hujus juris proprius, dum ex his omnibus ſumat uſuarius, quod ad victum ſibi ſuiſque ſufficiat, non ampliùs, *d. l. 12. §. 1.* Quantum autem cuique ſufficiat, id æſtimandum ex dignitate & conditione utentis: neque enim ita uſus reſtringendus eſt, ut non etiam pareat & honeſtati vitæ & dignitati. Quin etiam longiùs aliquando itur, & tam largè cum uſuario pro dignitate ejus agitur, ut his rebus non tantùm cum familia, ſed etiam cum convivis & hoſpitibus uti ei permittatur: hactenus tamen, ut oleo, frumento, & cæteris frugibus cum convivis & hoſpitibus utatur in villa: cætera, quorum non admodum grave onus eſt, ſi abundent in fundo, etiam in oppidum deferri hujus rei gratia poſſunt, *d. l. 12. §. 1.* Enimverò neceſſe non eſt, ſumere ſingulis diebus, quod in ſingulos eos ſufficiat: ſed ex penu, hoc eſt, ut ego interpretor, ex eo, quod ad penum pertinet, capere licet, quod ſufficiat in annum: quamvis eo modo fructus conſumantur, quod facilè evenire poteſt uſu mediocris prædii relicto: nam uſuarii prior ſemper ratio eſt, *l. ſi alii 42. de uſufr.* in uſu domus & ſervi hoc accidit, ut nihil alii fructuum nomine ſuperſit, *l. fundi 15. hoc tit. D. Tuld. comm. hic cap. 2.* eademque cauſa eſt navis, veſtimentorum, vehiculi, & ſimilium rerum, quarum fructus in uſu eſt. Cæterùm nſuario intra annnm mortuo, quod ex penu ſupereſt, ad hæredem ejus non pertinebit; deſiit enim poſſe uti, neque uſuarius fructus, quos decerpſit, aut collegit, ſuos facit, aut perceptione dominium eorum acquirit, quod tribuitur fructuario: ſed tantùm jus iis modicè utendi habet. Illud conſtat, non poſſe ei, qni uſum habet, objici, quòd pecuniis abundet, unde ſibi quæ opus ſunt, aliunde quàm ex re uſuaria comparare poſſit.

Hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi 3
moleſtus ſit] Poſſeſſio earum fundi partium, quæ ad fructum ferendum comparatæ non ſunt, quodammodò penes uſuarium eſt: placet enim, eum ſolum uſurum cellis vinariis & oleariis, dominum invito eo non uſurum, *l. 10. in fin. hoc tit.* Deambulãdi quoque & geſtandi in locis ad eam rem paratis ſolus jus habet, *d. l. 12. §. 1. eod.* Prætorio autem, hoc eſt, villa urbana, ſive domo, non fundi, ſed domini cauſa parata, non utetur, niſi & nominatim hujus uſus relictus ſit, & tum quidem utetur ſolus, *d. l. 12. in pr.* Sed villam ſuo jure occupabit, & dominum illo venire prohibere poterit; tantùm pati cogetur illic habitare colonum & familiam ruſticam, quæ agri colendi cauſa illic ſit: ſed nec impedire poterit quominùs proprietarius ipſe eo veniat ad fructus percipiendos, & per tempora fructuum colligendorum ibi habitet, *d. l. 10. §. ultim. & d. l. 12. in pr.* Hinc explicandum, quod ex Cajo *l. 11. eod.* Juſtinianus hic tradit, hactenus uſuarium in fundo morari poſſe, ut neque domino fundi moleſtus ſit, neque iis, per quos opera ruſtica fiunt, impedimento.

Nec ulli alii jus, quod habet, locare aut vendere] 4
Quod hic traditur, etiam ad aliarum rerum uſum pertinet, *l. 2. & d. l. 12. §. 4. & ult. eodem,* & hanc habet rationem, quòd in uſu ſpectatur perſona ejus, cui relictus eſt, & modus familiæ ejus, ut pro conditione & dignitate ſua utatur: quod fieri non poteſt, ſi alii venderet; nam emptoris alia poteſt eſſe conſideratio & multum diverſa à conditione uſuarii. Id tamen cum hoc temperamento accipiendum eſt, niſi ex conjecturis appareat, teſtatorem jus qnoque locandi aut vendendi uſum concedere voluiſſe. Cujuſmodi conjecturæ ſumi poſſunt vel ex conditione legatarii, vel ex genere relicti. Nam ſi aurigæ nſus equorum legatus ſit, cùm teſtator ſciret eum hujus eſſe inſtituti & vitæ, placet eum etiam locare equos poſſe: quia de hoc etiam uſu teſtator videtur ſenſiſſe, & retuliſſe uſum ad rationem vitæ legatarii, *d. l. 12. §. 4.* Si ſilvæ uſus legatus ſit, Adrianus ſtatuit fructum quoque legatum videri: quia niſi liceret cædere ſilvam & vendere, quemadmodum uſufructuariis licet, legatarins nihil habiturus eſſet ex eo legato, *l. pen. eod.* quod pleri-

que

Digitized by Google

que ſic accepere, ſi ſilva remotior ſit ab oppido, ut, ſi cogatur legatarius ipſe eam cædere, & quod excidit uſus ſui cauſa domum comportare, plus impenſurus ſit, quàm ſi in propinquo ab aliis emeret: neque ita intelligendum, quaſi legatario liceat cædere & vendere tantum, quantum ſolebat dominus, aut quantum fructuario licet, ſed pro modo & ratione uſu ſui. In univerſum autem non eſſe invidendum uſuario, *Connan. 4. comm. 5. & Vveſemb. par. hoc tit. num. 3.* exiſtimant, ſi velit, fructus, quos uſus ſui cauſa jam percepit & collegit, alteri vendere aut donare.

Poſſit hæc omnia facere] Rem utendam fruendam alteri locare, vendere, gratis concedere, *l. 12. §. 2. de uſufr.* etiam invito hærede, *l. 67. eod.* Græci καὶ ἄκοντος τοῦ δεσπότου, ἢ καὶ τοῦ κληρονόμου αὐτοῦ. Interpretes hoc reſtringunt ad nudam fruendi commoditatem: cæterùm veteres amplius quid intelligere videntur, qui ſic loquuntur, ut dicant, uſumfructuarium, jus, quod habet, *l. 11. hoc tit.* uſumfructum, *l. non utitur 38. eod.* jus utendi fruendi, *l. 8. §. ult. de per. & com. rei vend.* poſſe alteri concedere, locare, vendere. Et illud tamen certum eſt, non poſſe fructuarium ullo modo alteri conſtituere uſumfructum hoc eſt, novum in ſuum locum fructuarium ſubſtituere, niſi volente & ſeſe accommodante domino proprietatis, *l. uſufr. 57. ſolut. matrim.* Dicendum videtur cum domino Bachovio, duplex quodammodò jus fructuarium habere. Quorum unum merè perſonale eſt, ita infixum perſonæ ejus, cui uſusfructus primò conſtitutus eſt, ut ab eo avelli nequeat; unde etiam cum de amittendo aut finiendo uſufructu quæritur, ejus ſolius perſona ſemper ſpectatur, *d. l. 8. §. ult. de per. & com. rei vend.* Alterum reale, conſiſtens in uſu & fruitione rei fructuariæ, quòd à fructuario abire & in alium transferri poſſit licèt à perſona ſi illo jure permanet, inque eo ita radicetur, ut neceſſe ſit cum illo extingui. Illuſtrat hanc diſtinctionem exemplo hæredis & creditoris: in quibus ſimiliter jus geminum animadvertimus, unum, quod perſonale eſt, atque oſſibus eorum, ut DD. loquuntur, inhæret, hæredi ex aditione hæreditatis, creditori ex obligatione quæſitum; alterum reale in re quæſita aut debita. Illud in eo cernitur, quòd qui ſemel hæres extitit, ſemper hæres maneat, ac proindè vendita hæreditate nihilominùs actiones hæreditarias ipſe exerceat & excipiat, *l. 2. Cod. de hær. vel de act. vend.* creditor actione vendita jus ipſum agendi adhuc retineat, *l. 3. C. de novat.* Hoc in eo, quòd hæres jus omne, quod in re habuit, in emptorem hæreditatis transfert, *l. 2. in pr. & paſſim de hær. vel act. vend.* qui ob id vicem hæredis obtinere dicitur, *d. l. 2. §. antepen.* & utilibus etiam actionibus ſuo nomine experiri poteſt: ut & is, cui nomen venditum aut legatum eſt, *l. ſi cum 16. de pact. l. 5. 7. 8. C. de hær. vel act. vend. l. ex legato 18. C. de legat.* Poteſt igitur fructuarius, ut eò redeam, etiam jus, quod habet, in alium transferre: utique tamen non illud, quod ex conſtitutione perſonæ ejus inhæret; ſed eo retento, quod extra perſonam ejus conſiſtit, quod habet in re fructuaria. Cùmque nullo modo efficere poſſit, ut totum jus, quòd habet, à ſe habeat, atque in extraneum transferatur, ne hoc quidem agere voluiſſe in dubio cenſeri debet; ſed ubi cauſa ſive titulus non obſtat, ſed appellatione uſusfructus aut juris utendi fruendi nihil amplius transferre, quàm jure ſuo poteſt; veluti ſi locavit uſumfructum aut jus utendi fruendi, ſi vendidit, donavit, *d. l. non utitur 38. de uſufr. l. 11. hoc tit. d. l. 8. §. ult. de per. & comm. rei vend.* De ceſſione autem in jure idem dici non poteſt, quia per eam neceſſariò jus omne à cedente abibit, ſecundùm ea, quæ tradita ſunt ſub §. pœn. ſuperioris tituli.

TEXTUS.

Ædium uſus.

2. *Item is, qui ædium uſum habet, hactenus habere intelligitur, ut ipſe tantùm inhabitet: nec hoc jus ad alium transferre poteſt, & vix receptum eſſe videtur, ut hoſpitem ei recipere liceat, & cum uxore liberiſque ſuis, item libertis, nec non perſonis aliis liberis, quibus non minus, quam ſervis utitur, habitandi jus habeat. Et convenienter, ſi ad mulierem uſus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.*

NOTÆ.

2. *Item is*] Hic locus ex variis prudentum reſponſis conſultus eſt, *leg. 2. l. 3. & aliіque ſeqq. hoc tit.*

Ut hoſpitem recipere] Ex veteri more hoſpitii, quod inter privatos contrahebatur. V. Bud. *ad. in l. 6. §. 3. de off. proconſ.* Salmaſ. ad *jus Attic. cap. 26.*

Nec non perſonis aliis] Tandem eò decurſum, ut & inquilinum recipere poſſit, dum ipſe quoque inhabitet, *d. l. 2. §. ult.* & penſionem percipere, *l. 4. eod.*

Si ad mulierem] Hoc ampliùs & ſi virgini aut viduæ uſus ædium legatus ſit, placet & poſteà nubentem cum marito habitare poſſe, *d. l. 4. §. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *Uſuarium non prohiberi, dum ipſe inhabitet, partem ædium, quam non occupat, alii locare.*

HOc §. oſtenditur, quod contineatur uſu ædium: latiſſime autem hoc declaratur, *l. 2. §. 1. cum 6. ll. ſeqq. & l. pæn. §. 1. hoc tit.* De eo nemo dubitavit, quin is, cui ædium uſus legatus eſt eas inhabitare poſſit: uti & illud quoque ſemper conſtitit, non poſſe uſuarium habitationem alteri locare, vendere, aut gratis concedere, *hoc text. & l. 8. eod.* Circa eum autem,

qui

Digitized by Google

qui ipſe inhabitet, quædam quæſita ſunt. Veluti ſi ædes amplæ ſint, & tam anguſtus uſuarius, ut eas totas ſimul occupare non poſſit, an non liceat proprietario partibus iis, quæ vacabunt, uti: ſed placuit, non licere: quia cùm uſuarius jus utendi habeat, etiamſi nunc non utatur, poſteà tamen cum voluerit, uti poteſt, & alio tempore partes illas occupare, *d. l. pen.* §. 1. Item, an qui ipſe inhabitet, poſſit in partem habitationis alios admittere: de quo mox in explicatione textus.

Nec hoc jus ad alium transferre] Qui uſum ædium habet, neque locare, neque concedere habitationem, neque vendere uſum poteſt, *l.8. hoc tit.* quod non eſt ſpeciale in uſu ædium, ſed ad aliarum quoque rerum uſum pertinet, ut relatum *ſup. §. præc.* Illud ſpeciale eſt, quòd uſus ædium, & uſusfructus in eo ſolùm differunt, quòd hic locari, vendi, alteri concedi poteſt, ille non poteſt. Cæterùm utentis nihil intereſt, uſum ædium habeat, an uſumfructum; idque clariſſimè patet ex locis ſupra citatis, & hoc §. *junct.*
1 *l.15. eod.* Quod autem diximus, eum qui uſum ædium habet, non poſſe habitationem locare, aut alteri concedere, hoc ita eſt, ſi ſeorſum locet aut concedat ſine ſe, *d.l.8.* nam ſi ipſe inhabitet, non prohibetur partem ædium, quam ipſe non occupat, aut, quia nimis ſpatioſæ, occupare non poteſt, alteri locare, ut penſionem percipiat, *l.4. hoc tit.* quod Labeo dicebat, poſſe, eum, qui ipſe habitat, inquilinum recipere, *l.2. in fin. eod.* notatus à Proculo, quòd *inquilinum* non bellè appellavit eum, qui cum alio habitat, *d.l.4.* nam *inquilinum* propriè dicitur, qui in conductis ædibus habitat ſolus, *l. res pign. l.37. de acq. rer. poſſ. l.1. §.1. l.2. de migrand.*

Et vix receptum eſſe videtur] Quod ait vix receptum eſſe, ut is, qui ædium uſum habet, hoſpitem recipere poſſit, ſic accipiendum eſt, ægrè quidem ab initio id receptum eſſe propter dubitationes veterum, tandem tamen obtinuiſſe, *d.l.2.* §. 1. Ait, *ut hoſpitem recipere liceat*. Eum qui ipſe inhabitat, placuit etiam hoſpites recipere poſſe; *d.l.2. §.1.* ſive gratuitum illis hoſpitium præſtet, ſive mercenarium, *d. l.2. §.1. & d.l.4. in pr.* Nec audiendus Bachovius, qui verbo hoſpitis eos ſolos ſignificari exiſtimat, quibus more veterum ex ſingulari amicitia jus mutuum *ἰδιοξενίας*, hoc eſt, privati hoſpitii erat, de quo *Bud. ad l.6. §.3. de off. proconſ. Salmaſ. ad jus Attic. c.26.* Planè etſi quemlibet extraneum convictorem recipere poteſt: tabernam tamen cauponiam ei exercere non licebit, quæ publicè viatoribus omnibus, & peregrinis pateat, *arg. l.13. §. ult. de uſufr.*

Cum uxore liberiſque ſuis, item libertis] Domus uſu marito relicto, facilè admiſſum fuit, ut maritus illic habitaret cum uxore liberiſque ſuis, cum ſervis item, & famulis, id eſt, cum omni familia, *d. l. 2. in pr.* Quæſtionis autem fuit, an & cum libertis: ſed Labeo & Celſus etiam hos recipi poſſe admiſerunt, *d.l.2. §.1.* Paulus & clientes *l. 3. eod.* Ita dicebantur homines liberi, qui ſe ad potentioris alicujus dictum applicabant, ut ejus patrocinio defenderentur in capite & fortunis, *l. 7. §.1. de capt. & poſtlim.* ſuſceptos poſterior ætas vocavit, *conſult. Hotom. in lexic.* Nec mirum, hoc admitti, cùm etiam extraneus quilibet, ut jam dictum eſt, recipi poſſit, qui modo honeſto cum eo, qui uſum habet, habitaturus ſit.

Cum marito ei habitare] Ne mulieri matrimonio carendum ſit, cum uti vult domo, *d.l.4. §.1.* Sed etſi uſus ædium mulieri legatus ſit ea conditione, ſi à viro divertiſſet; placuit tamen, cum viro habitaturam, remiſſa ei conditione legati, *d.l.8. §.1.* Hoc amplius, ſi virgini, aut viduæ legatus ſit, placuit & poſteà nubentem cum viro habitare poſſe, *d. l. 4. §. 1.* nec ſolùm cum marito, ſed & cum liberis, parentibuſque & libertis, cum ſocero etiam habitaturam: atque eò uſque proceſſum, ut eoſdem, quos maſculi, etiam mulieres recipere poſſint, *d.l.4. in fin. & l.6. eod.* Poſſunt ergo & hoſpitem, ſed non aliter, quàm ſi is ſit, qui honeſtè cum iis ſit habitaturus, *l.7. eod.*

TEXTUS.

De ſervi vel jumenti uſu.

3. *Item is, ad quem ſervi uſus pertinet, ipſe tantùm opera atque miniſterio ejus uti poteſt: ad alium verò nullo modo jus ſuum transferre ei conceſſum eſt. Idem ſcilicet juris eſt & in jumento.*

NOTÆ.

3 *Ipſe tantùm opera*] Non modò tamen ad miniſterium ſuum, ſed etiam liberorum ſuorum & conjugis, *l. 12. §. pen. eod.* operas tamen non locabit, neque alii utendo concedet, *d.l.12. §. ult. v. & l.13. l.14. & 20. eod.*

In jumento] ὑποζυγίῳ, equo, bove, aſino, *v. d.l.12. §.3. & 4.*

COMMENTARIUS.

SErvorum uſus eſt in eorum operis: eſt & in fructibus, hoc eſt, iis rebus, quæ per ſervos acquiruntur. Operis uti poteſt uſuarius in re qualibet, nec tantùm ad miniſterium ſuum, ſed etiam ad liberorum ſuorum, & conjugis, *l. plenum 12. §. pen. & ultim. hoc tit.* dum tamen ſecundùm conditionem ſervi: nam & à fructuario hoc exigitur, *l.g. 15. §.1. de uſufr.* Cæterùm ipſum uſuarium uti oportet, non aliis operas locare, aut utendas concedere: quanquam parum refert, utrùm utatur in re planè ſua, an in opere alieno, quod ipſe expediendo conduxerit, *d.l.12. §. ult. & l. seq. eod.* De his, quæ per ſervum uſuarium acquiruntur, ita placuit, ut ſi quid acquirat ex operis ſuis, id non acquiratur

uſua·

uſuario; quoniam nec locare ſervi operas poteſt: ſin autem ex re uſuarii, puta ſi inſtitor erit, & opera uſuarius utatur in taberna ad merces emendas & vendendas, aut ſi juſſu uſuarii per traditionem accipiat, uſuario acquirit, cùm hac opera in re uſuarius utatur, *l. per ſervum 14. in pr. l. ſi ita 16. §. 2. l. ſervus 20. eod.*

Idem ſcilicet juris eſt & in jumento] Jumentorum quoque uſus, ſicut ſervorum, in operis eſt, & quidem ſolis, ut equorum, mulorum, aſinorum, item boum: habetque in his uſuarius omnem uſum ad arandum, ad vehendum ſub jugo, ad onera ferenda, & ad extera, ad quæ hæc animalia apta ſunt: utetur autem ſecundùm conditionem cujuſque jumenti, & morem regionis, *l. 12. §. 3. & 4. hoc tit.* nec locabit, niſi fortè de eo etiam uſu teſtatorem ſenſiſſe appareat. Quid enim ſi aurigæ equitii uſus legatus ſit, cùm ſciret teſtator eum hujus eſſe inſtituti? *d. l. 12. §. 4.* Et ſi fortè unius bovis uſus legatus ſit homini tam inopi, ut alterum emere non poſſit, nec cum uno fundum ſuum arare, non puto ei invidendum, ut cum vicino, qui itidem bovem habeat, agat, ut per aliquot dies invicem bovem ad opus faciendum commodent, ne legatum ei inutile ſit, *arg. l. pen. in pr. eod.* Hoc & Cantiuncula, ex quo ad verbum, ut ferè omnia, deſcripſit Mynſing.

TEXTUS.

De pecorum uſu.

4. *Sed & ſi pecorum vel ovium uſus legatus ſit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur uſuarius: quia ea in fructu ſunt. Planè ad ſtercorandum agrum ſuum pecoribus uti poteſt.*

NOTÆ.

4. *Pecorum vel ovium*] Pro *vel* legendum videtur *veluti*: οἷον προβάτων, ut Th. Paulus, *d. l. 12. §. 2. puta gregis ovilis.* Nemini enim dubium eſt, quin pecorum appellatione etiam oves contineantur. Quod verò quidam ex eo effici negant, legatum ovium eſſe ſpeciem legati pecorum, ridiculum eſt.

Neque lacte] Niſi modico: neque enim tam ſtrictè voluntates interpretandæ, *d. l. 12. §. 2.*

COMMENTARIUS.

PEcorum vel ovium] Α'μάρτημα Triboniani; niſi legendum *veluti ovium* οἷον προβάτων, ut vertit interpres Græcus, & flagitat locus Pauli *d. l. 12. §. 2. hoc tit.* unde hic deſumptus eſt: quippè nemini dubium eſt, quin appellatione pecorum etiam oves contineantur: & facetum eſt, quod ex Mynſingero in margine hic adſcripſit Pacius, quamvis oves ſint ſpecies pecorum, non proptereà tamen legatum ovium eſſe ſpeciem legati pecorum.

Neque lacte, neque agnis, neque lana] Igitur in uſu pecoris, puta gregis ovilis, vaccarum, aut caprarum, minimum eſt: nam nihil ex iis, quæ in fructu harum pecudum ſunt, uſuarius ſumere poteſt: ſed tantùm ad ſtercorandum agrum ſuum, quo pinguior & fœcundior fiat, his uti: & inſuper modico etiam lacte, neque enim tam ſtrictè voluntates interpretandæ, *d. l. 12. §. 2.* Cùmque cæterarum rerum etiam poſſeſſionem tradi uſuario oporteat, ut iis utatur, diverſum tamen eſſe apparet in pecoribus, quæ tantùm ad fructum ferendum habentur.

TEXTUS.

De habitatione.

5. *Sed ſi cui habitatio legata, ſive aliquo modo conſtituta ſit, neque uſus videtur, neque uſusfructus, ſed quaſi proprium aliquod jus: quamquam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, ſecundùm Marcelli ſententiam noſtra deciſione promulgata, permiſimus non ſolùm in eo degere, ſed etiam aliis locare.*

NOTÆ.

5. *Quaſi proprium jus*] Niſi quòd non utendo non amittitur, neque capitis deminutione, *d. l. 10.* proptereà quòd in facto magis, quàm in jure conſiſtit, *l. pen. de cap. min.* Unde quoque eſt, quòd dies legatæ habitationis non ſemel, ſed per dies ſingulos cedit, quaſi plura hìc ſint legata, *l. 1. pr. quand. dies uſ. leg. ced.*

Noſtra deciſione] Ex conſtitutione Juſtiniani habitatio uſumfructum ædium imitatur, ut & locari poſſit; & conſequenter etiam vendi, & gratis alteri concedi, jure ipſo apud eum, cui conſtituta eſt, manente: nihil enim intereſt. Conſtitutio extat in *l. 13. C. de uſufr.*

COMMENTARIUS.

1 *Falsò à nonnullis negari habitationem eſſe ſpeciem ſervitutis perſonalis.*
2 *Habitationem tam vendi & gratis concedi, quàm locari poſſe.*

REſtat ultima ſpecies ſervitutis perſonalis, habitatio. Ea eſt jus in ædibus alienis habitandi cum perſonis quoquo modo ad nos pertinentibus. Etenim effectu idem penè eſt habitatio, quod uſus ædium: eaſdemque perſonas, qui habitandi jus habet, recipere poteſt, quas uſuarius, *l. 10. hoc tit.* Conſtituitur quoque habitatio iiſdem modis, quibus uſus & uſusfructus, iiſdemque modis finitur, excepto quòd non finiatur non utendo, *d. l. 10.* quod ideò placuit, quia habitatio magis in facto, quàm in jure conſiſtit, *l. pen. de min.* ex quo eſt, quòd legatæ habitationis dies non ſemel cedat, ſed per dies ſingulos, perindè ut uſusfructus in ſingulos dies reli-

relicti, *l.1.pr.quand.dies uſ.leg.ced.& arg.d.l.pen. de cap.min.* ut plura hic ſint legata, & quaſi nova ſingulorum dierum habitatio, ob quam etiam cauſam nec capitis deminutione (ſcilicet minima) olim amittebatur, *d.l.pen. & d.l.*10. Ex conſtitutione autem Juſtiniani nec uſus nec uſusfructus ita petit, *l.pen.C.de uſufr.* ut jam hac in parte nulla ampliùs ſit differentia; quod vix unus aut alter, quòd ſciam, admonuit.

Quaſi proprium aliquod jus] Hoc eſt, ſpecies quædam ſervitutis perſonalis, quæ propriè neque uſus eſt, neque uſusfructus; licèt olim parum diſtaret ab uſu, *d.l.*10. Hodiè per conſtitutionem Juſtiniani *l.13.C.de uſufr.* ad uſumfru-
7 ctum propè accedit. Sunt tamen qui negant, habitationem eſſe ſpeciem ſervitutis perſonalis, & omninò ſervitutem eſſe: quoniam duæ tantùm perſonarum ſervitutes memorantur à Marciano, *l.1.de ſerv.* Sed ille vel exempli cauſa duas iſtas dumtaxat retulit, vel ſub uſu etiam habitationem comprehendit, quia jure veteri habitatio effectu idem erat, quod uſus, auctore Ulpian. *d.l.*10. Quòd autem ajunt, de ſervitute tam perſonali, quàm reali, proditam eſſe agendi actionem in rem confeſſoriam, §.2. *infr.de act.* cum autem, cui habitatio conſtituta ſit, actionem tantum perſonalem habere, vel ex teſtamento, vel ex ſtipulatu, vel commodati, aut præſcriptis verbis, eò quòd habitatio non ſit jus aliquod in re, vel ut illi loquuntur, non in dominio, ſed in obligatione conſiſtat, id quoque perperam dici exiſtimo. Nam eſſe aliquod jus in rem, vel ex hoc ipſo loco apparet: & argumento eſt, quòd conjunctim cum uſu & uſufructu de hoc jure & hìc in Pand.& C. tractetur. Nullum autem certius argumentum eſt, habitationem ſervitutem & perſonæ eſſe, quàm ſervitutis definitio, tum generalis, tum ſpecialis perſonarum: eſt enim jus in re aliena alteri conſtitutum, quo dominus aliquid pati cogitur in ſuo, & jus conſtitutum perſonæ. Nec obſtat, quòd habitatio in facto potiùs, quàm in jure conſiſtere dicitur, *l.pen. de cap.min.* nam idem ferè & de uſufructu prædicatur, *l.un.quand.dies uſ.leg.* Dicuntur enim iſta per extenuationem, non quòd ſint nuda facta. eſtque ſimilis habitatio uſuifructui in dies aut menſes ſingulos legato, *d. l. pen.* Si igitur is, cui in dies aut annos ſingulos uſusfructus legatus eſt, eum confeſſoria vendicare non prohibetur: cur non & confeſſoria pro habitatione competat ei, cui ea legata eſt? Nec verum eſt, quod Hotomanus ſcribit, uſum & uſumfructum ſervo aut filiofamilia legatum, domino aut patri acquiri habitationem non acquiri; idque liquet vel ex ipſa, quam citat, *l.9.quand. dies leg.ced. junct.l.2.& 3. eod.* Agnoſco autem lubens ſenſus mei hebetudinem, qui videre non poſſum, quomodò id, quòd de actione commodati aut præſcriptis verbis ei, cui habitatio conſtituta eſt, danda profertur, probari poſſit ex *l.1.in fin.pr.commod. junct.l. ſi gratuitam 17.in pr. de præſ. verb.* Illud quidem video, tractari illic de actione commodati aut præſcriptis verbis danda domino ædium, qui habitationem commodavit, ſive gratis alicui conceſſit. Sed quid hoc ad rem?

Quamquam habitationem habentibus, &c. etiam aliis locare. Hoc eſt, quamvis in hoc habitatio ex noſtra conſtitutione uſumfructum imitetur, quòd eam alteri locari permiſimus, *l.cum antiquitas 13.C.de uſufr.* Poterit ergo & vendi & gratis alteri concedi, jure ipſo apud eum, cui ab initio conſtituta eſt, manente, ſecundùm ea, quæ diximus §.1. *ſup.eod.* nihil enim intereſt; & puerile nimis, quod quidam ajunt, ideò habitationem vendi aut donari non poſſe, quia eſt jus perſonale: nam eadem ratione nec uſusfructus vendi aut donari poſſet: & ſi nihil aliud obſtaret, uſus quoque locari aut vendi non prohiberetur: ſed in uſu ſpectatur conditio perſonæ uſuarii & indigentia pro modo familiæ ejus, alius autem alio numeroſiorem familiam habet, & pluribus indiget, nec una omnium conditio, ut rectè D. Connan. 4. *comm.* 5. Putat Hotomannus, etiam jure veteri habitationem commodari potuiſſe, ſicèt uſus non potuerit, per *d. l.1. commend. & d. l.17.de præſc.verb.* ſed fallitur παντᾶ ἐκθέσει: non enim de habitatione jam alicui conſtituta, & ab eo, cui conſtituta eſt, alteri commodata, illic agitur, ſed de commodata aut gratis alicui conceſſa demum à domino ædium, quomodò locos iſtos etiam accepit D. Bachovius.

Textus.

Tranſitio.

6. *Hæc de ſervitutibus, & uſufructu, & uſu, & habitatione dixiſſe ſufficiat. De hæreditatibus autem & obligationibus, ſuis locis proponemus. Expoſuimus ſummatim, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo & civili jure acquiruntur.*

Notæ.

6. *Legitimo, & civili jure*]. Antiquitatis ſtudioſi conſulant Ulp. *tit.*19. Boet. *in top.* Budæ in Pand. ad *l.2.§. & cum placuiſſet 24.de orig. jur.* Cont. 1.*diſp.*12. Salmaſ. *c.8.de uſur.*

Commentarius.

Duplex tranſitio, & utraque perfecta; in epilogo prioris reſpicitur ad *tit. de reb. corp. & incorp. hujus libri ſecundum*: ubi cùm non tantùm ſervitutes prædiorum, uſus & uſusfructus inter res incorporales numerentur, verùm etiam hæreditas & obligationes, ac de ſervitutibus ut uſufructu & uſu hactenus tractatum ſit, videri poterat, nunc protinus de hæreditatibus & obligationibus dicendum eſſe: ſed in propoſitione, ſeu membro ſequenti, harum rerum tractationem, in alium locum rejicit tractationem de hæreditate, quia adhuc agendum de modis, quibus res acquiruntur ſingulæ: ſuſceptione autem

hæ-

hæreditatis acquiritur bonorum univerſitas: tractationem de obligationibus, quia obligatio non eſt jus in rem, de cujuſmodi jure acquirendo nunc quæritur, ſed ad rem dumtaxat, pariens creditori actionem in perſonam, non vindicationem rei. In poſteriori epilogo reſpicit ad *§. ſingul. 11. ſup. tit. 1. de rer. div.* quo loco recipit, ſe poſt expoſitos modos acquirendi jure gentium dicturum eſſe de iis modis, quibus dominium nanciſcimur jure civili, quod eſt τὸ ἑξῆς. Modi acquirendi jure civili, vel ſingulares ſunt, vel univerſales. Singulares, quibus acquiruntur res ſingulæ: univerſales, quibus una acquiſitione, tanquam per averſionem, acquiruntur bona alicujus univerſa: de quo genere acquiſitionis agere incipit *infr. §. ult. tit. 9.* hujus libri. Modi acquirendi jure civili res ſingulas duo tantùm ab Imperatore exponuntur, uſucapio *tit. ſeq.* & donatio *tit. 7.* Cur de legatis & fideicommiſſis, quæ huc alloqui pertinent, nunc non ſimul tractare voluerit, dicetur *d. §. ult.* Pertinent item huc & alii modi; veluti cum poſſeſſori attribuitur dominium rei, quam dominus vi eripuit aut invaſit, *§. 1. infr. vi bon. rapt. 7. Cod. unde vi*, cum uno ex duobus qui à principe munus acceperunt, moriente abſque hærede, pars deficientis conſorti accreſcit, *l. un. Cod. ſi liberal. imp ſoc. ſin. hæred. deciſ. lib. 10.* item cum pupillo, eccleſiæ, acquiruntur res ex pecunia ſua emptæ abſque ulla traditione, *l. ult. C. de ſacroſ. eccleſ.* Mancipatio, quam Cicero in *topic. traditionem nexu vocat*, & in jure ceſſio, de quibus *Ulpian. tit. 19. Boet. ad d. loc. Ciceronis*, jam tempore Juſtiniani exoleverant: antiquitatis ſtudioſi adeant *D. Anton. Contium 1. diſput. 12. clariſſ. Salmaſ. c. 8. de uſur.*

TITULUS VI.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONIBUS.

D. Lib. 41. Tit. 3. C. Lib. 7. Tit. 31. & 33.

1. *Non ſatis conſideratè à D. Cujacio & aliis pro* præſcriptionibus *hic reponi* poſſeſſionibus.
2. *Quibus in rebus olim uſucapio & longi temporis præſcriptio differebant.*
3. *Falli, qui putant uſucapionem tantùm eſſe rerum mobilium.*
4. *Quæ qua ſerie hoc titulo tractentur.*

INTER acquiſitiones juris civilis vel prima & præcipua eſt uſucapio. Nam etſi ea Græcis quoque non incognita fuit, eamque etiam Plato, *l. 12. de legib.* in ſuam invexit rempub. tamen civili tantùm ratione, non etiam pura aliqua naturali nititur, ab eaque longiùs etiam, quàm cæteræ acquiſitiones civiles, recedit. Utrùm autem quid juri civili adſcribendum ſit, an juri naturali, id non ex nudo uſu populorum, ſed ex eo quòd ſuggerit ratio naturalis, æſtimandum eſt, *§. 1. ſup. de jur. nat. gent. & civil.* Uſucapio definitore Modeſtino, *l. 3. hoc tit.* eſt adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti. Quid ſingula definitionis ſibi velint, dicetur poſtea in explicatione, *§. diutina 7. inf. eod.*

1 *Longi temporis præſcriptionibus*] Qui hanc partem inſcriptionis mutant, & pro *longi temporis præſcriptionibus*, reponendum arbitrantur, *longi temporis poſſeſſionibus*, inter quos ſunt *Cujac. Hotom. Vueſemb. Tim. Faber*, quod & Pacius probat, illi nec mentem Juſtiniani, nec quid *hoc tit.* agatur, ſatis animadvertere mihi videntur. Mens Juſtiniani intelligitur ex eo, quòd in principio commemorat conſtitutioné ſuam de uſucapione transformanda; qua conſtitutione, cùm duo diverſa eſſēt genera acquiſitionis, uſucapio, & longi temporis præſcriptio, uſucapionem ita transformavit, ut tamen utrumque in illo uno velut permixtum retinuerit: atque hoc etiam ex verbis inſcriptionis intelligere nos voluit. Sic alibi quoque hæc duo conjungit, uſucapionem aut longi temporis præſcriptionem, *§. pen. inf. per quas perſ. cuiq. acq.* Conferuntur item, & conjunctim iſta duo appellantur à Gajo, *l. qui alienam 54. in pr. de evictiom.* Hoc tantùm intereſt, quòd Gajus duo diverſa acquirendi genera, ut tunc erant, ſignificat, Juſtinianus unum & idem ex duobus iſtis à ſe conflatum: neque enim ſuſtulit ille longis temporis præſcriptipnem, ſed auxit addita ei uſucapione in ſolo provinciali. Sed neque agitur hoc titulo de poſſeſſione, niſi per occaſionem, neque magis, quàm de bona fide, aut juſto titulo: ſed de horum omnium concurrentium effectu, & acquiſitione ipſa, quæ olim duplex erat, uſucapio & longi temporis præſcriptio: quam utramque, ut diximus, ſic retinuit Juſtinianus, ut ex 2
duabus unam fecerit. Erat verò triplex inter uſucapionem & longi temporis præſcriptionem diſcrimen, in rebus, in tempore, in acquiſitionis effectu. Uſucapio locum habebat in rebus immobilibus Italici ſoli tantùm, in mobilibus omnibus. Præſcriptio frequentabatur in prædiis dumtaxat provincialibus. Uſucapio rerum mobiliũ anno terminabatur, immobilium biennio. Præſcriptio conſummabatur decem annis inter præſentes, viginti inter abſentes. Uſucapio poſſeſſo- 3
rem dominum efficiebat. Præſcriptio poſſeſſori non dominium tribuebat, ſed jus aliquod dominio ſimile & proximum: de quo dicam pleniùs poſtea. Haſce differentias ſubſtulit Juſtinianus ſervato uno diſcrimine rerum mobiliũ & immobi-

Digitized by Google

bilium, *L. unic. C. de uſuc. transform.* Eorum error manifeſtior eſt, quàm ut refelli debeat, qui hæc genera ſic diſtinguunt, ut dicant, uſucapionem tantùm eſſe rerum mobilium, longi temporis præſcriptionem rerum immobilium, & vel unum
4 hujus tit. principium hos refellit. Initio docetur, quæ res, quanto tempore, à quibus uſucapiatur; deinde de rebus agitur, quæ uſucapionem non recipiunt: tum de continuatione poſſeſſionis & conjunctione temporum: poſtremò de fiſci traditione & præſcriptione quadriennii fiſcali.

Textus.

Præcipua Uſucapionis requiſita. 1. Bona fides. 2. Poſſeſſio per tempus definitum continuata. 3. Juſtus titulus.

Iure civili conſtitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cùm crederet eum dominum eſſe, rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis juſta cauſa acceperit; is eam rem, ſi mobilis erat, anno ubique uno; ſi immobilis, biennio tantùm in Italico ſolo uſucaperet; ne rerum dominia in incerto eſſent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis ſufficere ad inquirendas res ſuas præfata tempora, nobis melior ſententia reſedit, ne domini maturiùs ſuis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo conſtitutionem ſuper hoc promulgavimus, qua cautum eſt, ut res quidem mobiles per triennium; immobiles verò per longi temporis poſſeſſionem (id eſt, inter præſentes decennio, inter abſentes viginti annis) uſucapiantur. Et his modis non ſolùm in Italia, ſed etiam in omni terra, quæ noſtro imperio gubernatur, dominia rerum juſta cauſa poſſeſſionis præcedente acquirantur.

Notæ.

Bona fide] In quo tempus traditionis inſpicitur: an in emptione etiam, quo contrahitur, *l. 2. pr. D. pro emptor.*

Crederet dominum eſſe] Aut jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem eſſe, *l. 109. de verb. ſign.*

Anno ubique] Ideſt, tam in provinciis, quàm in Italia.

Biennio] Lex 12. tab. uſum, auctoritatem fundi jubebat eſſe biennium, cæterarum rerum annum. Cic. *pro Cæc. & in top.* de quo vid. Bud. *ad l. 63. D. evict.* Cont. 1. *diſp.* 10. Salmaſ. *c. 8. de uſur.*

Iuſta cauſa] Ideſt, juſto titulo: nam titulus eſt poſſeſſionis cauſa, *leg. 7. Cod. de acquir. poſſeſſ. l. 24. C. de rei vend.*

Dominia acquirantur] Rectè igitur adhuc definietur uſucapio cum Modeſt. *l. 3. D. hoc tit.* adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti.

Commentarius.

1 *Auctoritatis verbo quid lex 12. tab. intellexerit.*
2 *In perſona uſucapientis quæ neceſſaria? & de bona fide.*
3 *De juſto titulo.*
4 *Cur prædia provincialia uſucapi non potuerint?*
5 *Iuris de uſucapione conſtituti ratio & defenſio.*
6 *In incerto eſſe, an tempora uſucapioni à Iuſtiniano præſtituta apud nos quoque obſervanda ſint.*

Jure civili] Hoc plerique ſic interpretantur perinde, ac ſi dixiſſet lege 12. tab. & verum eſt, ex hoc fonte jus uſucapionum manare. Sed quod ſequitur de diſtinctione locorum, ex lege 12. tab. eſſe non poteſt: quippe cùm eo tempore, quo Decemviri legem tulerunt, populus Romanus pedem extra Italiam non haberet, adeòque anguſtiſſimis intra ipſum Italiæ ſolum finibus Imperium Rom. contineretur. Credibile verò eſt, propagatis poſtea Imperii finibus, Juriſconſultorum diſputatione prædia Italici ſoli & provincialia jure auctoritatis diſtincta fuiſſe. Apud M. Ciceronem *in Top.* hæc leguntur; *Quoniam uſus, auctoritas fundi biennium eſt, ſit etiam ædium: At in lege ædes non appellantur.* Et *in orat. pro Cæcina; Lex uſum auctoritatem fundi jubet eſſe biennium.* Unde exiſtimare licet, ſic lege ſancitum fuiſſe; *Uſus, auctoritas fundi biennium eſto. Cæterarum rerum annus eſto.* Auctoritatis verbo multa & diverſa ſignificantur. Vulgata non tangemus. Venul. jus *l. ult. de evict.* auctoritatem interpretatur actionem pro evictione. Quo ſenſu etiam accipitur apud Paul. 2. *ſent.* 17. L. Seneca *lib. 4. natur. quæſt. Ergo ſi mihi parum credis, Poſſidonius tibi auctoritatem promittes*, id eſt, βεβαίωσιν. Scævola *l. ult. de pign. act.* inſtrumentum auctoritatis appellat, quod primò dixerat inſtrumentum emptionis, nimirùm inſtrumentum, quo de evictione promiſſum eſt, aut omnino inſtrumentum, quo probatio juris noſtri, ſive ut vulgò loquuntur, tituli acquiſitionis continetur: cujuſmodi tabulæ inſtrumenta ad probationem originis prædiorum appellantur, *l. 24. Cod. de fideic.* Sic apud M. Senecam *lib. 7. contr. 6.* quæ emptionis tabulæ primùm, eædem poſt auctoritatis tabellæ nominantur. In lege Atinia, & in illo duodecim, *Adverſus hoſtem æterna auctoritas eſto*, verbo auctoritatis jus dominii ſignificatur, aut jus vindicandi, *Grat. in ſpar. flor.* Senſus hic eſt, ne peregrinus dominium rerum noſtrarum uſucapione nobis eripere poſſit. Cicero *pro Cæcin. Aquæductus, hauſtus, iter, actus à patre, ſed rata auctoritas harum rerum omnium à jure civili ſumitur. Rata auctoritas*, id eſt, *firmum ac fixum harum rerum jus*. Eodemque ſignificatu & Scævola

Digitized by Google

vola hac voce uſus eſt, *l. ult. de aq. & aq. pluv.* In propoſito quoque puto Decemviros nomine auctoritatis intellexiſſe jus legitimi dominii, ut ſit ſenſus, uſus, qui auctoritatem, id eſt, juſtum dominium fundi afferat, ſit ſpatium biennii; qui cæterarum rerum, annus. Quod perinde eſt, ac ſi dixiſſent: *Fundus biennium poſſeſſus uſucapitur: cæteræ res annum poſſeſſæ uſucapiuntur.* Cicero in ea de *Aruſp. reſp. Multæ ſunt domus jure optimo: ſed tamen jure privato, jure hæreditario, jure auctoritatis, jure mancipii, jure nexi, jure auctoritatis*: perſpicuum eſt hic ſignificari ipſam uſucapionem, ſive jus legitimi dominii per uſucapionem quæſiti, non emptionem, quæ non mancipio facta eſt, ut vult doctiſſimus Salmaſ. *lib. de uſur.* c. 8. Neque enim dici poſſum jure optimo domum habere, cujus ex jure Quiritiũ dominus non ſum, & ideò jura legitima tantùm Cicero commemorat. Idem vir doctiſſimus exiſtimat, legem 12. tab. verbo auctoritatis intelligere actionem pro evictione, cui Decemviri voluerint non ultra biennium patere locum in rebus ſoli, in mobilibus non ultra annum. At plerique omnes, qui in conditione uſucapiendi ſunt, re evicta ante impletam uſucapionem, actionem pro evictione non habent. Qui pro hærede, pro legato, pro derelicto, pro adjudicato, pro noxæ dedito, pro ſuo poſſidet, certo jure uſucapit; & tamen ſi res intra tempora uſucapionis evincatur, non eſt locus actioni ob evictionem, cujus hic periculum nemo præſtat. Sed neque ipſa evictio, ſeu jus, quod dominus habet rem à poſſeſſore judicio auferendi, intelligi poteſt: non enim eo principaliter hoc caput legis pertinet, ut ſciamus, quid juris domino relinquatur intra annum, aut biennium; ſed quid uſus ſive poſſeſſio anni, aut biennii tribuat utenti poſſidenti, nimirum rei poſſeſſæ legitimum dominium, ut patet ex definitione Modeſtini, *l. 3. hoc tit.* Videlis *Bidæ ad l. Herennius 63. de evict. Cont. 1. diſp. 10. Don. 5. com.* 20. & qui legem 12. tab. commentariis illuſtrarunt, Balduin. Hotom. Marcil.

2 *Bona fide*] In perſona ejus, quem uſucapere volumus, hæc ſunt neceſſaria, ut poſſideat: ut juſtè, ut continenter, ut per tempus lege definitum, quorum unumquodque, ut ſeſe offeret, ita explicabo. Quod hic traditur de bona fide, ad juſtitiam poſſeſſionis pertinet; quemadmodum & illud, quod mox ſequitur, de cauſa. Igitur ad uſucapionem non ſufficit poſſidere, niſi & bona fide poſſideas. Bona fides æſtimatur ex eo, quòd poſſeſſor putavit, eum, à quo rem accepit, dominum eſſe, aut jus transferendi dominium habere, ut proindè opinetur ſe quoq; ſtatim dominum effectum eſſe, *l. bonæ fidei 109. de verb. ſign. l. quæ à quolibet 27. de contr. empt.* §. *ſi quis 35. ſupr. de rer. div.* Hæc autem opinio neceſſe eſt, ut remota ſit ab errore juris. Nam juris error acquirere volentibus numquam prodeſt, *l. 7. l. 8. de jur. & fact. ign.* ac proindè nec poſſeſſori in uſucapionibus, *l. numquam 31. pr. hoc tit. l. 1.* §. *ſi à pupillo 15. pro empt.* Cæterum ſufficit, ab initio bona fide poſſeſſionem nanciſci. Juré enim civili benè cœptam uſucapionem non impedit ſcientia rei alienæ poſteà ſuperveniens, *l. un. Cod. de uſuc. transform. l. bonæ 48.* §. *1. de acq. rer. dom.* ſpectaturque in ea re initium traditionis, non contractus, *l. ſi is 15.* §. *ult. l. juſto 44.* §. *1 hoc tit.* præterquàm in emptione, in qua utrumque tempus inſpici placet, & quo contrahitur, & quo res traditur, *l. 2. pr. pro empt. l. pen. hoc tit.* Diverſitatis rationem indicat Paul. in ſtipulatione *d. l. 15. in fin.* quia, inquit, conceſſum eſt ſtipulari rem etiam, quæ promiſſoris non ſit. Innuens, ſalva fide etiam ſcientes rem alienam ſtipulari nos poſſe: at non pati ſinceram fidem, ut rem alienam ſciens qui emat. Et ideò huic non præſtatur evictio, *l. ſi fundum 27. C. de evict.*

Rem] *Corporalem* ſcil. nam res incorporales, veluti ſervitutes, per ſe uſucapionem non recipiunt, *l. 14. de ſerv. l. ſervus 43.* §. *1. de acq. rer. dom.* quippe in quæ non cadit poſſeſſio, in ea nec uſucapio cadit. Cæterum eſt in his rebus locus acquiſitioni longæ quaſi poſſeſſionis, & effectu juris quaſi uſucapiuntur, *l. ult. Cod. de preſc. long. temp. l. 10. ſi ſerv. vend.* vide præſcripta ad §. *ult. ſup. de ſerv.* Planè per conſequentiam etiam veteri jure uſucapiebantur, cùm id prædium uſucaptum eſſet, cui ſervitus debetur, *l. 10.* §. *1. hoc tit.* quamquam revera nihil hic uſucapiatur, ſed prædium ſuæ conditiones ſequantur, *l. Via 33.* §. *2. de ſerv. præd. ruſt.* de aliis rebus, quæ uſucapionem non admittunt, dicant § *ſeqq.*

Alsave juſta cauſa] Ideſt, juſto titulo, eoque qui idoneus ſit ad transferendum dominium: eos 3
enim, qui nullo juſto titulo poſſident, ratio juris dominium quærere non patitur, *l. nullo 24. Cod. de rei vend. l. 4. C. de præſc. long. temp.* eademque prorſus in propoſito ratio eſt dominii transferendi, & transferendi conditionem uſucapionis, *l. numquam 31. de acq. rer. dom.* § *pen. inſ. per quas perſ. cuique acq.* Juſta cauſa, aut a privatis eſt, aut à judice, aut à magiſtratu, aut à nullo, ſed ab ipſa rerum conditione. A privatis, ſi quid ab his dominii transferendi cauſa traditur, ſolvitur, datur, derelinquitur, *l. 3.* § *antep. de acq. poſſ.* cujus generis pleræque propriis tit. comprehenſæ in ff. & C. A. judice in adjudicantibus; quæ fiunt in judiciis diviſoriis, ſi videlicet de alienis fundis tanquam communibus actum ſit, *l. ſi per errorem 17. hoc tit.* alioqui ſtatim res ejus fit, cui adjudicata eſt, § *ult. inſ. de off. jud.* A magiſtratu quibus in cauſis poſſeſſionem transferre poteſt. ſiquidem juſtè poſſidet, qui auctore prætore poſſidet, *d. l. 3. in fin. l. 11. de acq. poſſ.* A nullo, quæ ſola occupatione, ſi nullius eſſent, ſtatim noſtra fierent. Hinc titulus poſſeſſionis ſpecialis pro ſuo, *l. 2. pro ſuo.* Generaliter quidem etiam, quiſquis ex juſta cauſa poſſidet, pro ſuo poſſidet, *l. 1. eod.* verùm ex ſpeciali titulo certa uſucapio; ex generali nulla, niſi ſpecialis aliqua cauſa, puta emptio, donatio, &c. præceſſerit: nec ſola exiſtimatione noſtra, ſed revera, *l. Celſus 27. hoc tit.* de quo plenius poſteà.

Si

Digitized by Google

Si mobilis erat, anno ubique uno] *Ubique*, tam in provinciis, quàm in Italia, Nam cùm res mobiles ſolo non cohæreant, loco diſtingui non potuerunt, & conditione ſua omnes uſucapionem recipiunt. Immobilium autem quædam tales erant, ut uſucapio in iis non haberet locum: qualia erant prædia provincialia, ut mox dicemus. Quòd autem brevius tempus uſucapioni rerum mobilium præfinitum ſit, quàm immobilium, id eam rationem habere putant, quod regulariter minùs in illarum, quàm harum amiſſione præjudicium vertitur: cùm alioqui longius tempus poſcere videatur uſucapio rerum mobilium, ut pote quæ occultari poſſunt, quàm prædiorum. Sed hoc nihil eſt: nam occultatio illa vitio furti rem afficit, & uſucapioni eximit. Non alia ratio eſt, quàm ea, quam hic indicat Juſtinianus poſt Cajum *l. 1. hoc tit.* quod veteres crediderunt, annum aut biennium domino ſufficere ad inquirendas res ſuas: poſſe ſcil. quemlibet patremfamilia res mobiles uno ſemeſtri recenſere, & altero quæ deſiderantur, quærere, prædia uno anno luſtrare, & quæ ab alio poſſeſſa invenerit, altero anno recuperare. Quod & Varro *de re ruſt.* bono patrifam faciendum eſſe monet.

Immobilis tantùm in Italico ſolo] Aut eo, quod jus Italici ſoli habebat. Nam & in provinciis fuere quædam prædia juris Italici; videlicet coloniarum, quibus jus Italicum datum erat, *l. 1. de cenſib.* in quibus prædiis mancipationi & uſucapioni locum fuiſſe dubitandum non eſt. His exceptis prædia provincialia neque à poſſeſſoribus
4 mancipio dari, neque ab alio uſucapi olim potuerunt. Nimirum quia uterque hic modus acquirendi ex jure Quiritium erat, plenumque jus & dominium Quiritiarium continebat. Poſſeſſores autem prædiorum provincialium directi dominii & pleno jure non erant: ſed jus ſummum dominii populus Romanus ſibi reſervare conſueverat, cùm ea bello capta veteribus dominis reſtitueret, inque argumentum retenti juris annuum iis vectigal imponeret. Cæterum jus, quod poſſeſſoribus relictum erat, uti id à domino juris ſtatim in alios traditione transferri poterat, ita & à bonæ fidei poſſeſſore longi temporis poſſeſſione acquiri, ne ſemper inquietaretur, quæ acquiſitio præſcriptio dicebatur, *l. qui alienam 54. in pr. de evict. l. ſi duo 13. §. 1. de jurejur. l. ei à quo 21. hoc tit.* Erat autem jus tale, quod & exceptione defendere, & amiſſa poſſeſſione, utili actione perſequi, *d. l. 13. §. 1. de jurejur. l. 8. Cod. de præſc. 30. ann.* hæredibus denique relinquere, & in alios quoſvis transferre licebat. Jus nimirum aliquod reale, ſimile emphyteutico, quod proximè ad jus dominicum accedebat, & quod nunc vocarent dominium utile: rep. quæ notavimus, *ſup. §. per traditionem 40. de rer. diviſ.* Poſtquàm autem Juſtinianus, quod præſcriptioni deerat, ex uſucapione ſupplevit, unumque genus acquiſitionis ex duobus fecit, certum eſt, poſſeſſione longi temporis juſtum & directum dominium poſſeſſori acquiri.

Vinnius in Inſtitut.

Ne rerum dominia in incerto eſſent] Si jus de uſucapione conſtitutum æſtimetur ex meris præceptis juris naturæ ſive gentium, defendi ab iniquitate non poteſt: ſed quod ex iniquo habet, id contra ſingulos rependitur utilitate publica. Bono enim publico uſucapio introducta eſt, ne ſcilicet diu rerum dominia in incerto eſſent, *l. 1. hoc tit.* quippe incertitudo dominii facit, ut res quæque negligentiùs habeatur; agri minùs diligenter colantur: parit lites & controverſias, quibus occurri publicè intereſt: atque ut occurratur, & litium aliquis ſit finis, uſucapio conſtituta eſt, *l. ult. pro ſuo, l. 2. in pr. de aq. & aqu. pluv.* & ideo Cicero *in orat. pro Cæcin.* uſucapionem appellat *finem ſolicitudinis & litium, Plato 12. de legib.* Hæc igitur cauſa legiſlatores movit, ut uſucapionem introducerent: ut verò id fieret cum minima privatorum injuria, certa atque idonea tempora præſtituerunt, quæ abũde dominis ſufficerent ad inquirendas res ſuas, eaſque ſibi aſſerendas, & poſſeſſionem alterius interpellandam. Quod ſi facere negligant, & patiantur uſucapi, ſuamet ipſorum voluntate quodammodò rem alienare videntur, *l. alienationis 28. de verb. ſign.* Quamquam etiam contra ignorantem rem ſuam ab alio poſſideri uſucapio procedit, *l. un. Cod. de uſuc. transfor. l. ult. C. de præſc. long. temp.* Privatum enim damnum, quod ex uſucapione eſt, penſatur egregio publico, in quo vera & ſolida utilitas continetur, & cujus proinde prima ratio habenda. Atque hæc hujus acquiſitionis defenſio ſit contra eos, quibus ea genere ipſo injuſta videtur. Appellat ſane Juſtinianus præſcriptionem impium præſidium & improbam temporis allegationem *nov. 9.* verùm non ſimpliciter, ſed quatenus eo præſidio homines ſcienter abutebantur contra conſtitutionem ipſius, & adversùs bona ac ſubſidia Eccleſiarum. Poſtea tamen conſtitutionem iſtam abrogavit, experimento doctus eam ex uſu reipubl. non eſſe. *Nov. 111. & 131. cap. 6.*

Ne domini maturiùs rebus ſuis defraudentur] Id eſt, ne maturiùs res ſuas amittant, ne poſſeſſionibus ſuis citiùs, quàm par eſt, cadant, ut eſt
in d. l. un. Cod. de uſuc. transform. Uſus autem eſt 5
verbo defraudandi propter duritiem legis antiquæ, quæ nimis anguſto temporis ſpatio uſucapionem terminabat, remque alienam excluſo domino addicebat poſſeſſori. Cæterum quod propriè hoc verbum ſignificat, per fraudem rem alienam intervertere, id neque lege antiqua poſſeſſori permiſſum fuit.

Conſtitutionem ſuper hoc promulgavimus] Ea eſt *l. un. C. de uſuc. transform.* qua lege, cùm jam antea ſuſtuliſſet antiquam diſtinctionem dominii in bonitarium & Quiritiarium, *l. un. Cod. de nud. jur. Quir. toll.* hoc inſuper conſtituit, ut prædia provincialia eodem jure cum Italicis cenſerentur, atque æquè ut Italica, eodemque effectu uſucapi poſſent. Præterea tempora uſucapionum tam in rebus mobilibus, quàm in rebus ſoli in tantum prolongavit, ut nulla jura querimonia

ſuperſit, ſi tam longo tempore continuata poſſeſſio poſſeſſorem tueatur, eique dominium adjiciat. Summa conſtitutionis eſt, ut qui rem à non domino accepit ex juſta cauſa & bona fide, eamque mobilem per triennium, immobilem per decem annos inter præſentes, per viginti inter abſentes continenter poſſedit, is ejus rei dominus pleno jure efficiatur. Quod jus etiam hodie apud
6 nos obtinere debere multi contendunt. Alii ad rerum immobilium præſcriptionem ſive uſucapionem triginta requiri annos, aut tertiam ſæculi partem exiſtimant. Apud Zelandos adversùs præſentes anni viginti, adversùs abſentes triginta annorum ſpatio res ſoli certo jure uſucapiuntur, *cap. 2. ſtat. Zeland. art. 2.* In hoc autem nunc ferè à jure civili receſſum eſt, quòd in præſcriptione, quantumvis longiſſimi temporis, non tantùm bonum poſſeſſionis initium requiritur, verùm etiam bonæ fidei perſeverantia, juxta ſcita juris Canonici, *c. fin. x. de reſcript.* cùm jure civili ſufficiat poſſeſſionem ab initio bona fide nanciſci, nec benè cœpta uſucapio aut præſcriptio interpelletur incidente poſtea mala fide, *d. l. un. de uſuc. tr.* quin nec bonum initium in præſcriptione 30. annorum jura civilia deſiderant, *d. l. 1. l. 4. C. de præſc. 30. ann.* Clariſſimus Grotius *lib. 1. manuduct. ad juriſp. Bat. cap. 7.* tradit, duplicem in hac regione uſucapionem ſeu præſcriptionem rerum ſoli in uſu antiquitùs fuiſſe, unam brevioris, alteram longioris temporis. Brevem, fuiſſe unius anni & diei, eamque jure ſingulari multarum civitatum & agrorum tunc locum habuiſſe, cùm prædium aliquod venditum eſſet interveniente auctoritate & cognitione Scabinorum, aliorumve, qui juriſdictioni præſunt, idque prædium per illud tempus ab emptore ſine interpellatione poſſeſſum eſſet. Longam, fuiſſe tanti temporis, quantum tertia pars ſæculi continet, id eſt, annorum 33. & 4. menſium; cui locus erat in alienatione rei immobilis facta abſque cognitione publica. Et hoc ſequendum etiamnum putat. De præſcriptione tanti temporis juxta conſuetudinem Geldriæ ex profeſſo diſſerit doctiſſimus Lamb. Goris *adverſ. jur. tract. 3. cap. 9.* Vix autem eſt, ut aliquid certi ſecundùm mores hodiernos hic definiri poſſit, *vid. Groenevv. ad rubr. Cod. de præſcr. 30. annorum, & ibi laudat.*

Decennio inter præſentes, viginti annis inter abſentes] Explicat, quantum tempus intelligat per poſſeſſionem longi temporis, nimirum inter præſentes, id eſt, qui in eadem provincia ſunt, *l. ult. C. de præſcr. long. temp.* decem annos, inter abſentes, viginti. Atque ita ſicut ex veteri uſucapione effectum ſumit, & acquiſitionem veri dominii, ita ex veteri præſcriptione ſumit ſpatium temporis, atque id ad uſucapionem omnium rerum immobilium transfert, efficitque ex duabus unam acquiſitionis ſpeciem, ut jam nulla ampliùs indifferentia inter præſcriptionem, & rerum immobilium uſucapionem ſuperſit; præſcriptionem inquam longi temporis, quæ itidem ut uſucapio titulum & bonam requirebat fidem: nam præſcriptionis temporis longiſſimi, ſc. 30. vel 40. annorum, alia ratio eſt, quæ ſolo temporis lapſu poſſeſſorem tuetur.

TEXTUS.

Quæ uſucapi poſſunt, vel non. De his quæ ſunt extra commercium, de Servo fugitivo.

1. *Sed aliquando, etiamſi maximè quis bona fide rem poſſederit, non tamen illi uſucapio ullo tempore procedit: veluti ſi quis liberum hominem, vel rem ſacram, vel religioſam, vel ſervum fugitivum poſſideat.*

NOTÆ

1. *Liberum hominem, &c.* Quia hæ res omnem reſpuunt acquiſitionem, nec in bonis eſſe poſſunt, *l. 9. D. hoc tit. §. 3. infr. de inut. ſtip.* Res quoque incorporales, veluti ſervientes, natura ſua uſucapionem non recipiunt, *l. 14 D. ſerv. l. 43. de aq. rer. dom.* Ceterum effectu juris, diuturno uſu & ipſæ quaſi uſucapiuntur, *l. 10. ſi ſerv. vend. l. ult. C. de præſcr. long. temp.*

Servum fugitivum] Quia ſui ipſius furtum facit, *l. 60. D. de furt. l. Cod. eod.* Defenditur tamen poſſeſſor fugitivi 30. annorum præſcriptione, per *l. 3. & 4. C. de præſcr. 30. ann.*

COMMENTARIUS.

HOc §. & aliquot ſequentibus diſputatur de rebus, quæ etſi corporales ſunt, uſucapionem tamen non recipiunt; ſed quia multæ, quæ in hoc numero ſunt, hic non commemorantur, ecce tibi in ſumma omnes exhibebo. Quarumdam rerum ea natura eſt, ut omnem omninò acquiſitionem, qualiſcúnque ea ſit, reſpuant, & conſequenter ſimul uſucapionem: cujuſmodi ſunt, quæ commercio humano ſunt exemptæ, ac proinde in bonis haberi non poſſunt; ut homo liber, res ſacræ, religioſæ, ſanctæ, publicæ populi aut civitatum, *l. 4. l. 9. de contr. empt. l. 9. hoc tit.* Quædam etiam res ſunt, quæ cùm ſint in bonis & acquiri poſſint, uſucapi tamen non poſſint, lege earum uſucapionem prohibente. In hoc genere ſunt res fiſci, *§. 4. inf. l. quamvis 18. eod.* res dominicæ, *tit. C. ne rei dom. vel temp. vend.* civitatum, Eccleſiarum, gerontocomiorum & locorum ſimilium, *l. 23. C. de ſacroſanct. Eccleſ. Nov. 9. 111. & 131. cap. 6.* res furtivæ & vi poſſeſſæ, *§. ſeq.* præſidi contra legem Juliam datæ, *l. bonæ 48. de acquir. rer. dom. l. pen. de leg. Iul. rep.* res pupillorum, *dict. l. 48. l. 3. Cod. quibus non obſt. long. temp. præſc.* quin nec præſcriptio 30. annorum contra pupillos currit, *l. 3. Cod. de præſc. 30. ann.* res minorum 25. annis, *l. ult. Cod. in quibus cap. in int. reſt.* bona adventitia filiitam. *l. 1. §. 1. Cod. de annal. exc.* fundus dotalis, cujus quoque alienatio lege Julia prohibita eſt, *l. 4. de fund. dotal.* hoc ipſo etiam uſucapionem prohibitam eſſe pro certo ſtatuit Tripho-

pho-

phoninus in *l. ſi fundum 16. eod. titul.* Poſtremò res teſtamento alienari prohibitæ, *l. 2. Cod. pro empt. l. ult. §. ſin autem Cod. com. de legat.* Jam pergimus.

Liberum hominem] Sola temporis longinquitate, etiamſi ſexaginta annorum curricula exceſſerit, libertatis jura non mutilari, à Conſtantino reſcriptum eſt, *l. ult. Cod. de long. temp. præſcr. quæ pro lib.* Meminit Imp. 60. annorum, non quia longioris temporis lapſu libertati præſcribatur; ſed quia rarò homines diutiùs vivunt. Etenim nec centum annorum præſcriptio hic ſuffecerit, *ut benè iſtic Accurſ.* quoniam nulli omnino hic locus eſſe titulo poteſt. Poſſeſſores 30. annorum defenduntur exceptione temporis, quæ omnes excludit actiones, etiamſi nec titulus probetur, nec bona fides, *l. 3. l. 4. Cod. de præſc. 30. ann.* Cæterum res ipſas, quæ poſſidentur, tales eſſe oportet, ut juſto titulo acquiri, & dominio noſtro ſubjici poſſint.

Servum fugitivum] Hic ſervus pertinet ad probationem *§. ſeq.* quippè qui ſui ipſius furtum facere intelligatur, *l. ancilla 60. de furt. l. 1. C. de ſerv. fug.* Accurſius putat, dominum ne 30. quidem annorum præſcriptione excludi, eò quòd poſſeſſionem fugientis ſervi retinet, *l. 1. §. per ſervum 14. l. rem quæ 15. in fin. de acq. poſſ.* Quod ineptum eſt. Nam cum de uſucapione aut præſcriptione quæritur, neceſſe eſt ejuſmodi caſus ponatur, quo alius ſervi poſſeſſionem nactus ſit. Hoc verò cùm ſit, dominus poſſidere deſinit.

Textus.

De rebus furtivis & vi poſſeſſis.

2. *Furtivæ quoque res, & quæ vi poſſeſſæ ſunt, nec ſi prædicto longo tempore bona fide poſſeſſæ fuerint, uſucapi poſſunt. Nam furtivarum rerum, lex duodecim tabularum & lex Atilia inhibent uſucapionem; vi poſſeſſarum, lex Julia & Plautia. Quod autem dictum eſt, furtivarum & vi poſſeſſarum rerum uſucapionem per leges prohibitam eſſe, non eò pertinet, ut ne ipſe fur, quive per vim poſſidet, uſucapere poſſit: (nam his alia ratione uſucapio non competit, quia ſcilicet mala fide poſſident) ſed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia cauſa acceperit, uſucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facilè procedit, ut bonæ fidei poſſeſſoribus uſucapio competat. Nam qui ſciens alienam rem vendiderit, vel ex alia cauſa tradiderit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter ſe habet. Nam ſi heres rem defuncti commodatam, aut locatam, vel apud eum depoſitam, exiſtimans, hæreditariam eſſe, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, quin is, qui acceperit, uſucapere poſſit, dubium non eſt. Quippe quum ea res in furti vitium non ceciderit: quum utique heres, qui bona fide tanquam ſuum alienaverit, furtum non committat. Item ſi is, ad quem ancillæ uſufructus pertinet, partum ſuum eſſe credens vendiderit, aut ſi donaverit, furtum non committit. Furtum enim ſine affectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere poteſt, ut quis ſine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat, ut à poſſeſſore uſucapiatur. Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expedit, jus ita procedit, ut ſi quis loci vacantis poſſeſſionem, propter abſentiam aut negligentiam domini, aut quia ſine ſucceſſore deceſſerit, ſine vi nanciſcatur, quamvis ipſe mala fide poſſideat, (quia intelligit, ſe alienum fundum occupaſſe) tamen, ſi alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa poſſeſſione res acquiri: quia neque furtivum, neque vi poſſeſſum acceperit. Abolita eſt enim quorumdam veterum ſententia, exiſtimantium, etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum utilitati, qui res ſoli poſſident, principalibus conſtitutionibus proſpicitur, ne cui longa & indubitata poſſeſſio debeat auferri.*

Notæ.

2. *Lex Atilia*] In Pand. Flor. *Attinia l. 4. §. 6. l. 33. pr. hoc tit. l. 215. de verb. ſign.* Authoritas, ait Grot. *in ſparſ. Flor.* eſt jus vindicandi.

Ab eis bon. fid. emerit] Aut ab aliis, qui jam ante à fure aut violento poſſeſſore rem acceperunt. Nam ubi lex inhibet uſucapionem, bona fides poſſidenti non prodeſt, *l. 24. hoc tit.* & res ſemper tranſit cum ſuo vitio, quo ab initio affecta eſt, *l. 7. C. pro empt. l. 11. C. de acq. poſſ.* Planè 30. annorum præſcriptio dominum repellet, *l. 3. & 4. C. de præſcr. 30. annor.*

Aliquando aliter] Locus hic deſcriptus ex Cajo *l. 36. & 2. ſeqq.*

Partum ſuum credens] Docuit *ſup. §. 37. de rer. div.* partum in fructu non eſſe, ſed ad dominum proprietatis pertinere.

Aliis modis] *v. d. l. 36. §. 1. l. 57. D. mand. l. 5. pro derel.*

Quod ad eas res expedit] Videtur Tribonianus *expedit*, dixiſſe pro *attinet*.

Loci vacantis] Malè quidam locum vacantem interpretantur à domino derelictum: nam res pro derelicto habita ſtatim fit occupantis, *§ pen. ſup. de rer. div.*

Propter abſentiam] Non quamlibet, ſeu diuturnam, *l. 37. §. 1. h. t.*

Bon. fid. accipienti] Species: Cùm Titius longo tempore abeſſet, fundumque ſuum incultum relinqueret, eum Sejus occupavit, ac mox vendit & tradit Sempronio ignoranti fundum alienum eſſe. Hic etſi ipſi quidem Sejo non proceſſiſſet uſucapio propter malam fidem; procedet tamen Sempronio bonæ fidei poſſeſſori: quia neque furtivum, neque vi poſſeſſum accepit.

Quorumdam ſententia] *L. 38. h. t.* Inter hos, & Sabinum fuiſſe teſtatur Gell. *l.* 11 *C. ult.*

COMMENTARIUS.

1 *Aliquo caſu qui ſciens rem alienam vendit, furtum facere non videri.*

2 *Emendationem Cujacii verſ. quod autem, non eſſe neceſſariam.*

F*Urtivarum rerum lex 12. tab. & lex Atinia*] Utriuſque hujus legis etiam meminit Julian. *l. non ſolum 33. in pr. hoc tit.* Verba legis Atiniæ prodit Gell. *lib. 17. c. 7. Quod ſurreptum erit, ejus rei æterna auctoritas eſto.* Quorum verborum hic ſenſus eſt; ejus rei, quæ ſurrepta eſt, dominium à domino numquam recedat: jus & poteſtatem habeat ſemper eam vendicandi; nec ullo uſu alteri aequiratur. Fabrot. Quam ſententiam fuiſſe legis, ex eo liquet, quòd lex ita accepta eſt; quaſi interdiceret rei furtivæ uſucapionem. Eademque ſentẽtia eſt ejus, quod apud Cic. *lib. 1. de offic.* legimus: *Adversùs hoſtem æterna auctoritas eſto.* Proculdubiq; autem lege Atinia quædam addita ſunt, de quibus priùs lege duodecim nihil cautum fuerat: & Paulus legi Atiniæ tribuit hoc caput, quod eſt de uſucapienda re furtiva, eum in poteſtatem domini redit, *l. 4. §. quod autem 6. hoc tit. l. poteſtatis 215. de verb. ſign.*

Vi poſſeſſarum lex Iulia & Plautia] Leges hæ non uno tempore latę; alloqui Julia Plautia diceretur ſine copula, ut Plautia Papyria, Pappia Poppæa, Junia Norbana, &c. ſed Plautia de vi, itẽ Julia de vi, hoc caput habuerunt. Plautia de vi prior fuit lege Julia, unde & in *π*. præponitur, *l. non ſolum 33. §. 2. hoc tit.* Ait, *vi poſſeſſarum*. Vi poſſeſſa res ſit oportet, ut uſucapi nequeat: neque ſufficit, vi aliquem de prædio dejectum eſſe, niſi, qui dejecit, poſſeſſionem occupavit. Quòd ſi ille ingreſſus non fuerit, ſed alius in vacuam poſſeſſionem intraverit, poterit id prædium, etiam antequàm in domini poteſtatem redeat, à bonæ fidei poſſeſſore uſucapi, *l. 4. §. ſi in 22. l. 33. §. 2. eod.*

Quod autem dictum eſt] Superfluum, hoc monere. Fruſtra enim prædictæ leges latæ fuiſſent, ſi nihil aliud caverent, quàm ut ne fur ipſe, aut qui per vim poſſidet, uſucapere poſſent. Quippè, qui nec ante legem Atiniam, aut Plautiam uſucapere potuerunt certo jure, propter malam fidem, quam manifeſtum eſt uſucapioni ſemper obſtitiſſe. Hoc tantùm proſpicere leges voluerunt, ne maleficium alienum cauſam daret rem alienandi.

Ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide] Aut etiam ab aliis, qui jam ante à fure violento poſſeſſores rem acceperunt. Nam res cum ſuo vitio, quo ab initio affecta eſt, tranſit, *l. 7. C. pro empt. l. vitia, C. de acq. poſſ.* Ut autem à bonæ fidei poſſeſſore uſucapi poſſit, talem eſſe, oportet, ut in ſe non habeat vitium, *§. noviſſimè, inf. eod.* Denique ubi lex ſimpliciter inhibet uſucapionem, bona fides poſſidenti ad uſucapionem rei nihil prodeſt, *l. ubi 24. hoc tit.* Planè præſcriptio triginta annorum dominum repellet: ſic enim conſtitutum eſt de actionibus omnibus, ſive in rem ſint, ſive in perſonam, ut triginta annorum jugi ſilentio præſcriptione excludantur: uſque adeò, ut in rebus poſſeſſis hoc etiam ipſis malæ fidei poſſeſſoribus tribuatur, *l. 3. l. 4. C. de præſc. 30. ann.* quamquam id ſecta noſtrorum temporum non admittit.

Unde in rebus mobilibus non facilè procedit] Quia rerum mobilium tantùm, non etiam immobilium, furtum fieri poteſt, inde colligit, uſucapionem in rebus mobilibus difficiliùs, & rariùs contingere, hoc argumento, quòd res, quæ furto obnoxiæ ſunt, etiam facilè in furti vitium cadunt: quiſquis enim rem alienam mobilem ſciens quacumque ex cauſa alii tradit, eum furtum committere; quod etiam ſcriptum eſt *l. 1. C. pro empt. l. 2. C. pro donat.*

Qui ſciens rem alienam vendiderit] Videamus, 1
an non aliquo caſu hæc regula vitietur. Finge, hæredem rem defuncto commodatam, quam hæreditariam eſſe putabat, vendidiſſe, & tradidiſſe bona fide accipienti: emptorem, cùm eſſet in conditione uſucapiendi, cognoviſſe, rem alienam eſſe. Conſtat, non interrumpi uſucapionem: ſed quæro, an ſi poſſeſſor eam rem, antequàm uſucapionem impleret, alteri iterum vendiderit, furtum facere dicendum ſit? Et quidem, quamdiu res uſucapta non eſt, aliena eſt, ut ſi verba regulæ præciſè ſequamur, dicendum ſit, furtum committi: ſed puto, hoc in propoſito non debere admitti; & regulam procedere, cum quis ab initio ſcivit, rem alienam eſſe; qui, cùm uſucapere non poſſit, intelligitur vendendo rem velle intervertere domino: nam etſi ſibi eam retineat intervertendi cauſa, furtum facit, *l. inficiando 67. de furt.* At verò qui bonum initium habet, cùm poſſit ipſe continuando poſſeſſionem rem uſucapere, non poteſt videri furtum committere, ſi alteri eam tradat. *Cujac. ad l. 7. §. procurator. 7. pro empt.*

Sed tamen id aliquandò aliter] Dixit modò, rerum mobilium difficilem eſſe uſucapionem, idq; probavit hac ratione, quòd res alienæ mobiles difficulter transferantur, quin in vitium furti cadant. Id nunc oſtendit aliquando aliter ſe habere, & non uno etiam modo citra furtum accidere poſſe, ut res aliena alteri vendatur, aut donetur ac proindè totidem modis fieri, ut à bonæ fidei poſſeſſore uſucapi queat. Locus hic deſcriptus eſt ex Gajo *l. poteſt 36. hoc tit.* non iiſdem quidem verbis, ſed idem ſignificantibus, æquè claris ac perſpicuis. Quod ideò moneo, quia Hotomannus ſcribit, Tribonianum hoc loco non ſatis ad ſuum

nego-

Digitized by Google

negotium attentum fuiſſe, & verba hujus textus nihil ſignificare. Mihi ipſe Hotomannus, dum hæc ſcriberet, vigilaſſe non videtur.

Bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit] Duos profert modos, quibus alienatio rei alienæ mobilis fit abſque furto: utrumque ex Gajo *d. l.* 36. Unus hic eſt, ſi hæres rem defuncto commodatam, locatam, aut apud eum depoſitam, exiſtimans, eam hæreditariam eſſe, tamquam ſuam alienaverit. De hærede ipſo rem talem retinente nihil dicit, quia ad probandum, quod propoſitum erat, ſine vitio furti aliquando rem alienam transferri poſſe, hoc nihil facit. Nos, an hæres ipſe hujuſmodi rem uſucapere poſſit, videbimus poſteà ſub §. *diutina inf. eod.*

Partum ſuum eſſe credens] Caſus hujus generis alter. Partus ancillæ in fructu non eſt, ſed ad dominum proprietatis pertinet, §. *in pecudum* 37. *ſup. de rer. div.* Sed nec fructuarius uſucapere partum poteſt, ſive ſciat, partum alienum eſſe, ſive ad ſe pertinere putet; quia juris hic error eſt, qui poſſeſſori in uſucapione non prodeſt, *l. numquam* 31. *hoc tit.* Cæterum ſi partum ſuum eſſe credens, fortè errori cauſam præbente, quòd fœtus pecudum ad fructuarium pertinet, alteri cum vendiderit, poterit à bonæ fidei poſſeſſore uſucapi, *d. l.* 36. §. 1. quippè cùm hic nihil ſit in perſona accipientis, quod uſucapioni obſtet, neque furti vitio res affecta ſit; non enim, ſi fructuarius ignorantia juris partum, ut ſuum, vendat, idcircò eum furtivum facit. Quippè cùm furtum non committatur ſine animo, & affectu furandi, qui errante nullus eſt, *l. furtum* 37. *eod.* §. *placuit*, *inf. de obl. quæ ex del.* vulgatumque eſt, quamvis vel fatuam exiſtimationem excuſare à dolo, *per l.* 1. *in fin. de abigeis*, *l.* 14. *C. ad l. fab. de plag.*

Aliis quoque modis accidere poteſt] Alius modus eſt apud Gajum *d. l.* 36. §. 1. ſi quis ſc. errore aliquo lapſus crediderit ſe hæredem eſſe, cùm non eſſet, & rem hæreditariam alienaverit. Item alius apud Papinian. *l. mandatum* 57. *mandat.* ſi hæres defuncti mandatarii quid diſtraxerit animo exequendi, quod defunctus ſuæ curæ fecerat. Duo alii ſunt apud Pompon. *l.* 5. *pro derel.* Si quis id, quod pro derelicto habitum poſſidebat, vendiderit: item ſi quis rem vendiderit ab uxore ſibi donatam: uſque adcò ut hìc non obſtet uſucapioni, quòd emptor ſciverit, rem in ea cauſa eſſe: quia quaſi volente, & concedente domino venditur, *d. l.* 5. *pro derel.*

Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expedit, jus ita procedit, ut ſi quis] D. Cujacius hunc locum ſic inſtituit: *Quod autem ad eas res,* a *quæ ſolo continentur, expeditiùs procedit, ut quis,* &c. ut hæc phraſis, *quod ad eas res, quæ ſolo continentur*, ſit elliptica, & intelligatur verbum *attinet*: & quia tunc nondum totius loci ſententia conſtat, inter colon, & conjunctionem diſcretivam, *quamvis*, ponit relativum *qui*. Ut ſit hæc ſententia; Expeditiùs procedit, ut quis ſine vi nanciſcatur rei alienæ immobilis poſſeſſionem, quàm rei mobilis ſine furto: ac proindè etiam facilius eſt, ut res immobiles à bonæ fidei poſſeſſore uſucapi queant. Quæ ſententia quidem vera eſt; ſed non ideò neceſſe eſt quicquam mutari. Nam & lectionis vulgatæ recta eſt, & aperta ſententia, atque effectu pene eadem: nimirum hæc: *Quod ad res immobiles attinet.* Pro quo Tribonianus dixit, *Expedit jus ita procedere, ut ſi quis fundi, aut loci alieni poſſeſſionem nactus ſit ſine vi, licet mala fide, de quo dubitari præcipuè poterat, is eum locum, aut fundum in alium bona fide accipientem transferre poſſit eum conditione uſucapiendi, in qua ipſe propter malam fidem non erat: quoniam neque vi poſſeſſum accipitur, neque furtivum, cùm rerum immobilium furtum fieri non intelligatur*, *l. g. furtum* 37. §. 5. *& leg. ſeq. hoc tit.* unde hæc ſumpta ſunt. In re autem aliena mobili ſecus eſſe, quæ à ſciente vendita in vitium furti cadat. Quamobrem cauſam non video, cur reſtitutio Cujacii quibuſdam tantoperè placeat.

a *Vinnius in Inſtitut.*

Vacantis propter abſentiam aut negligentiam] Simplex abſentia domini poſſeſſionem vacuam non facit: quippè quam conſtat ſolo animo retineri, *l.* 1. §. *ſaltus* 11. *l.* 6. §. 1. *de acq. poſſ.* §. *poſſidere*, *infr. de interd.* Quapropter locus hic intelligendus eſt de abſentia domini diuturna, rem ſuam penitùs negligentis, & relinquentis incultam, & Gajus hoc expreſſit *longo tempore d. leg. furtum* 37. §. 1. Illi perſpicuè errant, qui locum vacantem interpretantur à domino derelictum. Quippè res pro derelicto habita ſtatim fit occupantis, §. *pen. ſup. de rer. div.* qui verò hic vacuus dicitur, negatur etiam uſucapi ab occupante poſſe, uti & in *l. quam rem* 38. *eod.* errat & Gloſſa, quod putat, quæ hic ſcripta ſunt, correcta eſſe per *l. ult. C. und. vi*, eoque nomine etiam vulgò reprehenditur. Non enim ideò, quia Juſtinianus interdictum momentaneæ poſſeſſionis dedit adversùs eum, qui vacantem poſſeſſionem occupavit, ſtatim pronuntiandum eſt, eum in cæteris quoque omnibus pro invaſore, & violento poſſeſſore habendum eſſe: Et poteſt aliquo caſu etiam, ubi competit interdictum unde vi, locus eſſe uſucapioni, *l.* 4. §. *ſi tu me.* 22. *l. non ſolum* 32. §. 2. *hoc tit.* Adde, quod conſtitutio iſta diutiùs anno ante Inſtitutiones edita fuit, ut oſtendit ſubſcriptio.

Sine ſucceſſore deceſſerit] Ita etiam Gajus *d. l.* 37. §. 1. *eod.* Sine ſucceſſore autem ſic accipiemus, non tantùm ſi quis deceſſerit ſine ullo ſucceſſore, ſed etiam ſi certum ſucceſſorem reliquerit, legitimum, aut teſtamentarium hæredem, quamdiu is rerum hæreditariarum poſſeſſionem nondum nactus ſit. Et jacente quidem adhuc hæreditate, nec furtum rei hæreditariæ à Scævola proditum eſt, *l.* 1. §. *Scævola* 15. *ſi is qui teſtam. lib.* Adita autem hæreditate, etſi jura omnia ad hæredem tranſeunt, poſſeſſio tamen ei non acquiritur, niſi naturaliter apprehenſa fuerit; *l. cum hæredes* 23. *de acq. poſſ.* Quamobrē etſi quis vacantis fundi hæreditarii poſſeſſionem vi occu-

Digitized by Google

pavit, etiam ubi certus hæres eſt, eumque bona fide accipienti tradidit, procedet bonæ fidei poſſeſſori uſucapio: quia neque furtivum neque vi poſſeſſum accepit. Neque obſtat quod conſtitutum eſt, cœptam uſucapionem à defuncto poſſe & ante aditam hæreditatem impleri, *l. cœptam 40. hoc tit.* ut proindè non videatur poſſe rem interim ab alio poſſideri, quoniam duo eamdem rem ſimul poſſidere nequeunt, *l. 3. §. ex contrario de acq. poſſ.* Hoc enim, ut alibi traditum eſt, tunc procedit, quando medio tempore poſſeſſio ab alio occupata non eſt, *l. poſſeſſio 20. hoc tit. l. 6. §. ult. pro empt.* Deinde de re loquimur, quæ defuncti propria fuit, non quam ille poſſidebat tantùm, & cœperat uſucapere.

Abolita eſt ſententia exiſtimantium] In hac opinione etiam Maſurium Sabinum fuiſſe teſtatur Gell. *l. 11. cap. ult.* non quòd ille credidit fundum locumve auferri, aut loci moveri poſſe, ſed quia furtum à fraude dici putavit, vel, ut Varro quoque & Labeo, è furto, quod clam & obſcurè, & plerumque nocte fiat: æquè autem clam, & per fraudem poſſe intercipi poſſeſſionem fundi, ac rei mobilis, aut ſe moventis. Sed verius eſt furtum à ferendo, ſeu auferendo dictum eſſe, aut potiùs à Græco φὼρ, per affinitatem literarum, quod ἀπὸ τὸ φέρειν Græci dixere, *l. 1. de furt. §. 2. inf. de obl. quæ ex del. Gell. lib. 1. cap. 8.* quæ notatio non patitur; ut rei immobilis furtum fieri dicamus. Quin nec illud verum eſt, poſſeſſionem domino interverti, ſi quis clam fundum ingreſſus fuerit, *l. 6. §. 1. de acq. poſſ.* furtum autem eſt interverſio poſſeſſionis. Quòd ſi revertentem dominum non admiſerit, jam vi intelligitur poſſidere, *d. loc.*

Fundi locive] Auctores noſtri plerumque fundum à loco ſeparant, *l. ex mille 64. de evict. Gajus l. 38. hoc tit. & hic Iuſtinian.* Per fundum ferè integrum quid ſignificant, agrum cum villa, ædificium cum area; per locum autem certam fundi portionem, *l. locus 26. de acq poſſ.* & plerumque agrum aut aream; qui loci ſunt ſine ædificio, in urbe area, rure ager, *l. ager 27. l. locus 60. l. quæſtio. 115. l. fundi 211. de verb. ſign.* quamquam hæc non ſunt perpetua, & loci ſignificatio, ſæpè generalior, quàm fundi, etiam apud noſtros, *l. 4. ſi ſerv. vend. l. 1. §. 4. und. vi.* Conſulendi *Alciat. Forn. Gædd. in tit. de verb ſign.*

Principalibus conſtitutionibus] Tum quibus poſſeſſores rerum ſoli, longi temporis, id eſt, 10. vel 20. annorum poſſeſſione defenduntur, *tit. C. de præſcr. lon. temp.* quod tempus nunc ad rerum immobilium uſucapionem translatum eſt: tum quibus 30 annor. præſcriptione domini omnimodò includuntur, *l. 3. & 4. C. de præſc. 30. ann.* Illud hìc monendi ſumus, Juſtinian. *Nov. 119. c. 7.* unde ſumpta eſt *auth. malæ fidei, C. de præſc. long. temp.* hactenus juris ejus, de quo proximè egimus, conſtitutioni derogaſſe, ut ſi à poſſeſſore malæ fidei res alienata ſit, non aliter ab eo, qui eam etiam bona fide accepit, uſucapi aut longè poſſeſſione 10. vel 20. annorum acquiri poſſit, quàm ſi dominus ſciverit, rem ſuam ab alio poſſeſſam eſſe, & toto eo tempore conteſtatus non ſit: alioqui ſpectari jubet 30. annorum præſcriptionem. Ceterum hoc procedere tunc tantùm volunt, ſi eo ipſo tempore, quo res alteri traditur, ſciat is, qui tradit, rem alienam eſſe, & nec initium quoque bonum habuerit, add. quæ notat D. Gothofred. *ad d. auth.*

TEXTUS.

De vitio purgato.

3. *Aliquando etiam furtiva, vel vi poſſeſſa res uſucapi poteſt; veluti ſi in domini poteſtatem reverſa fuerit: tunc enim vitio rei purgato procedit ejus uſucapio.*

NOTÆ.

3. *In poteſtatem domini*] Non utique ejus, cui ſurrepta eſt, *l. 5. §. 6. h. t. l. ult. vi bon. rapt.* Igitur ſi creditori res ſurrepta ſit, in domini poteſtatem redire debet, *d. l. 4. §. 6.* niſi dominus ipſe ſurripuerit: ita accipe Paul. *l. ult. eod.* In poteſtatem domini rediſſe videtur, cum poſſeſſionem ejus nactus eſt juſtè, ut avelli non poſſit, & tanquam ſuæ rei, *d. l. 4. §. 2.*

COMMENTARIUS.

1 *Si res pignori data ſurrepta ſit, utrius in poteſtatem redire debeat, ut vitium purgetur, dominine debitoris, an creditoris.*

Rerum furtivarum, vi poſſeſſarum, contra legem Juliam datarum, vitium purgatur, ſi in poteſtatem domini, aut prioris poſſeſſoris redierint: ex quo fit, ut jam iterum uſucapi poſſe incipiant, *l. 4. §. quod autem 6. l. ubi 24. §. 1. hoc tit. l. pen. de leg. Iul. rep.* Verbum poteſtatis in propoſito poſſeſſionem ſignificat, & poteſtatem habendi tenendique, *d. l. 4. §. tunc 12.* Res vi poſſeſſa redire debet in poteſtatem ejus, qui dejectus eſt, ut maximè dominus non ſit: neque enim aliter vitium violentiæ purgatur, quàm ſi dejectus ipſe reſtituatur in poſſeſſionem, fac. *l. 6. §. de precar.* Res contra legem repetundarum data neceſſe eſt, ut revertatur in poteſtatem ejus, à quo profecta eſt, hæredisve ejus, *d. l. pen. de leg. Iul. rep.* Rei autem furtivæ vitium ut purgetur, in ipſius domini poteſtatem eam reverti oportet, *d. leg. 4. §. quod autem*, quippè furtum in re furtiva ſolum dominum lædit: cui proindè ſoli etiam de re furtiva condictio competit, *§. ult. inf. de obl. quæ ex del.* Planè nihil intereſt, utrùm in poteſtatem domini, aut poſſeſſoris res pervenerit, an quocumque modo his ſatisfactum ſit, *d. l. 4. §. ſed & ſi 13.* 1
l. ſi fur. 32. pr. eod. l. quamvis 84. de furt. De re pignori data, & ſurrepta creditori dubitari poteſt, in domini debitoris, aut creditoris poteſtatē redire debeat, ut vitium purgetur, & uſucapi poſſit: nam Paulus reſpondit, in domini poteſtatem eam redire debere, *d. l. 4. §. quod autem.* Labeonis quoque

que eadem ſententia eſt, *l. ult. eod.* Idem tamen Paulus *d. l. ult.* notas ad Labeonem ſcribens contra affirmat, rem pignori datam & ſurreptam uſucapi poſſe, ſi in poteſtatem creditoris redierit. Sed hæc non magno negotio conciliari poſſunt. Refert enim, utrùm debitor ipſe, an alius rem creditori ſurripuerit. Poſteriore caſu ſemper neceſſe eſt, ut vitium purgetur, in poteſtatem debitoris rem reverti, *d. l. 5. §. quod autem*, atque hoc etiam Labeo ſenſit. Priore autem caſu purgatur re verſa in poteſtatem creditoris: neque hoc Labeo negaret, fuitque ſemper extra omnem controverſiam, atque à Paulo tantùm indicatur, ut oſtendat, poſſe aliquando pignus, quod in poteſtatem creditoris rediit, uſucapi, quod Labeo nō expreſſerat. Fuit autem, ut dixi, illud explorati juris: ſiquidem ratio aliqua eſſe debet purgandi vitii per reverſionem rei in poteſtatem alterius, quàm furis. Enimverò hoc amplius uſucapionē admittebat Caſſius, etiamſi pignus à debitore ſurreptum & diſtractum in poteſtatem creditoris nondum perveniſſet: atque ſententia etiam obtinuit, *d. l. 4. §. ſi rem 21. l. 5. pro empt.* quamvis aliis, nec dubito quin Labeoni etiam & ſucceſſoribus ejus, diſplicuerit, & abſurdum viſum ſit, ab eodem & fieri furtum, & furtum emendari: quorum ſententia etiam expreſsè confirmari videtur, *l. 6. C. pro empt.* Verùm Cujac. *in d. l. 4. §. ſi rem.* ita diſtinguit: aut debitor non tenente creditore pignus alii vendidit, & tunc ab emptore uſucapi non poteſt, quia in ipſa venditione furtum committitur, nec poſt admiſſum furtum vitium purgatur re in poteſtatem non redeunte; ac de hoc caſu loqui putat *d. l. 6. Cod. pro empt.* aut tenenti creditori pignus auferet, & deinde vendit, & tunc ab emptore uſucapi poſſe exiſtimat: quoniam poſtquam furtum factum eſt, res in poteſtate debitoris fuit; atque hoc oſtendere *d. l. 4. §. ſi rem. hoc tit. & d. l. 5. pro empt.* Illud conſtat, tractari in hac quæſtione de re aliena, quæ à bonæ fidei poſſeſſore pignori obligata eſt, ut ſit locus uſucapioni pro emptore, *d. l. 5. pro empt.* Quamvis enim res aliena pignori non ſit, inter ipſos tamen qui contraxerunt, rata eſt pignoris conventio, *per l. 9. §. pen. l. ſi pignore 22. §. 2. de pign. act.*

TEXTUS.

De re fiſcali & bonis vacantibus.

4. *Res fiſci noſtri uſucapi non poteſt: ſed Papinianus ſcripſit, bonis vacantibus fiſco nondum nunciatis, bonæ fidei emptorem traditam ſibi rem ex his bonis uſucapere poſſe, & ita divus Pius, & divus Severus & Antoninus reſcripſerunt.*

NOTÆ.

4. *Res fiſci*] *l. 18. l. 24. §. 1. hoc tit.* Sunt & aliæ, ut res dominicæ, *C. ne rei dom. vel temp.* civitatum, eccleſiarū, gerontocomiorum, &c. de quibus *l. ult. C. de fund. patrim. l. ult. C. de fund. rei priv. lib. 11. l. 23. Cod. de SS. eccl.* Nov. 9. Nov. 111. Nov. 131 *c. 6.* Res pupillorum, *l. 3. C. quib. non obſt. long. temp. præſc.* minorum, *l. ult. C. in quib. cap. in int. reſt.* præſidi onera leg. Juliam datæ, *l. pen. de leg. Jul. Rep. l. 18. de acq. rer. dom.* bona adventitia filiifam. *l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* denique res prohibitæ alienari aut lege aut teſtamento, *l. 2. Cod. pro empt. l. 16. de fund. dot.*

COMMENTARIUS.

1. *Hoc §. tolli videri præſcriptionem quadriennii quæ olim bonorum vacantium poſſeſſori dabatur adverſus fiſcum.*

INter res, quæ juris conſtitutione uſucapioni obnoxiæ non ſunt, quorum ſummam complexus ſub §. 1. *ſup.* primum locum obtinent res fiſci, *l. quamvis 18. l. ubi 24. §. 1. hoc tit. l. 2. Cod. com. de uſuc.* Hoc autem privilegium rebus fiſcalibus meritò datum eſt, ne negligentia procuratoris fiſci principi noceat, qui aliis curis implicatur, & tot ac tanta negotia ſuſtinet, ut de ſuis aut fiſci rebus ipſi inquirendi otium non ſit. Rerum patrimonialium eadem ratio eſt, quæ ob id etiam cum fiſcalibus comparantur, §. *ult. eod.* Nullane igitur temporis defenſio poſſeſſorem adverſus fiſcum tuetur? De fundis patrimonialibus & rei privatæ reſcriptum eſt, poſſeſſores eorum 40. annorum præſcriptione defendi, *l. ult. C. de fund. patrim. lib. 11. & ult. C. de fund. rei priv. lib. eod.* Tantùm hoc cavetur, ut ne adverſus fiſcum ea præſcriptione hoc aſſequantur, ut in futurum à canone poſſeſſio ſit immunis, *l. 6. Cod. d. tit.* Cæterum Juſtinianus, *l. ut inter. 23. Cod. de ſacroſ. eccl.* civitatibus hoc privilegium dedit, ut adverſùs eas nulla procedat temporis præſcriptio, præterquàm 100. annorum: quo jure vel magis fiſcum uti oportet. Idem jus eodem loco concedit etiam eccleſiis, & confirmat *Nov. 9.* verùm abrogat iterum *Nov. 111. & Nov. 131. c. 6.* ſubſtituta pro 100. annorum 40. præſcriptione: quibus poſterioribus conſtitutionibus ſublatum quoque intelligi debet jus civitatibus datum, *l. 23. Cod. de ſacroſ. Eccleſ.* atque ita poſtremò in his rebus reditur ad præſcriptionem 40. annorum. In cauſis fiſci criminalibus, uti perſecutio criminum regulariter exceptione 20. annorum excluditur, *l. querela, C. ad leg. Corn. de falſ.* ita etiam perſecutio bonorum damnati, aut annotati, quam fiſcus habet: eoque refero *l. in omnibus 13. de diverſ. temp. præſcr.* quamvis D. Cujac. eam accipiat de cauſis fiſci civilibus, quas omnes ſcribit 20. annis extingui, excepta cauſa commiſſi, & bonorum vacantium, *l. 2. C. de vect. & comm. l. 1. §. 2. de jur. fiſc.*

Bonis vacantibus] Bona vacantia dicuntur eorum, qui ſine hærede deceſſerunt. Strabo *lib. 17. Geograph.* ἀδέσποτα vocat Harmenopulus ἀκληρονόμητα, *lib. 8. tit. 1. §. 18.* Hæc lege Julia caducaria ad fiſcum pertinent. *l. quidam 96. §. 1. l. filiusfam. 114. §. 2. de legat. 1. l. 1. de jur. fiſc. l. 1. C. de quadr.*

præſcr.l.1.C.de bon.vac.&c. Jus occupandi bona vacantia inter regalia numeratur *lib.2. Feud. tit. quæ ſint regal.* Erant autem certi delatores, qui hujuſmodi bona aliamve rem ad fiſcum pertinentem præmii alicujus gratia nuntiabant, *tit. de jur.fiſc.paſſim*, ſimiles ferè antiquis quadruplatoribus, de qua voce vide *Feſt.* Bonorum vacantium numero habenda etiam bona caduca nondum nuntiata, ita dicta, quòd in fiſcum certis de cauſis cadunt. Verùm caduca penè à Juſtiniano ſublata ſunt, *l.un.C.de cad.toll.*

Fiſco nondum nuntiatis] Nempe à delatoribus, qui nuntiabant, aliquid cecidiſſe in fiſcum, *paſſim tit.de jur.fiſc. de quo ex profeſſo Gudelin. lib.5. de jur. noviſſ. c. 10.*

Uſucapere poſſe] Opus tamen ad introducendam uſucapionem rerum vacantium fuiſſe reſcriptis, indicat hic locus, *& d.l.18.eod.* quippe bona vacantia ad fiſcum pertinent ipſo jure, etſi in patrimonio fiſci non videantur computari, antequàm nuntiata ſunt, & fiſcus ad ea animum adjecit. Videtur autem Juſtinianus hic tollere præ-
2 ſcriptionem quadriennii, quæ bonorum vacantium poſſeſſori dabatur adversùs fiſcum poſt quadriennium agentem, *l. 1. Cod. de quadrien. præſc.l.1. §.2. de jur.fiſc.l. 10.de div.tem. præſcr.* Nam olim quidem hic ſua utilitas & præſcriptioni quadrienni & uſucapioni anni aut biennii adversùs fiſcum fuit: præſcriptioni in eo, quòd fiſco ea obſtabat ſine conſideratione bonæ aut malæ fidei poſſeſſoris: quippe cùm hoc tempus actioni fiſci præſtiturum eſſet, uti quinquennium vindicandæ rei, quæ in commiſſum cecidiſſet, *l.2.Cod.de vect.& comm.* uſucapioni in eo, quod breviori tempore impleatur. Si verò idem tempus in uſucapione rerum immobilium vacantium adversùs fiſcum deſideramus, quòd aliarum hujus generis rerum uſucapioni Juſtinianus præſtituit, poterit fiſcus uſque ad 10. annos quæſtionem de his rebus movere, neque ampliùs finietur nuntiatio quadriennio. Et tamen vix dubito, quin hæc mens Juſtiniani fuerit: argumentoque eſt, quod Tribonianus in *l. quamvis 18. hoc titul.* pro eo, quod Modeſtinus ſcripſerat, *uſucapies*, repoſuit, *diutina poſſeſſione capies*: uti primæ notæ ſcriptores omnes profitentur. Hæc vulgò intacta.

TEXTUS.

Regula generalis.

5. *Noviſſimè ſciendum eſt, rem talem eſſe debere ut in ſe non habeat vitium, ut à bona fidei emptore uſucapi poſſit, vel qui ex alio juſta cauſa poſſidet.*

COMMENTARIUS.

Concluſio ſuperiorum. In ſumma autem hoc dicit, non ſufficere poſſeſſori ad uſucapionem, quod bona fide poſſideat, quod rem ex juſta cauſa ſeu titulo ad transferendum dominium idoneo acceperit, niſi res ſit integra, & in ſe nullum vitium habeat, id eſt, talis ſit, quæ neque natura, neque lege uſucapioni exempta eſt, *fac. l. ubi 24.hoc tit.l.5.C.pro empt.* de poſſeſſione, quæ fundamentum eſt uſucapionis & cauſa proxima, deque ejus continuatione, dicam ad §. *diutina, infr.*

TEXTUS.

De errore falſæ cauſæ.

6. *Error autem falſæ cauſæ uſucapionem non parit; veluti ſi quis, quum non emerit, emiſſe ſe exiſtimans, poſſideat, vel quum ei donatum non fuerit, quaſi ex donato poſſideat.*

NOTÆ.

6. *Error falſæ cauſæ*] Opinio juſti tituli. Non qui putat ſe emiſſe, ſibive donatum eſſe, pro emptore, aut pro donato uſucapit, ſed qui revera emit, &c. *l.27.hoc tit.l.pro don.* quippe falſa noſtra exiſtimatio rei veritatem non mutat, *l.6.ad mun.* Juſtus tamen & probabilis error excuſatur, *l.13. §.1.pro empt.l.ult.§.ult.pro ſuo.*

COMMENTARIUS.

Jam ante dictum eſt, nulla juſta cauſa poſſeſſionis præcedente, uſucapionem aut longi temporis præſcriptionem non procedere, *l.nullo 24.C. de rei vend.l.4.C.de præſc.long.temp.l.6. Cod. de acq. poſſ.* Hæ cauſæ in uſu juris etiam tituli appellantur, *l.ult.C.de uſuc. pro hær. d.l. nullo, C. de rei vend.d.l.4. Cod.de præſcr. long. temp.* Juſtæ autem cauſæ poſſeſſionis ſunt eædem, quæ & dominii acquirendi, *l.3. §.pen. de acq.poſſ.* ubi pleræque hujus generis commemorantur. Error autem falſæ cauſæ, id eſt, opinio juſti tituli, uſucapionem non parit, ſed oportet titulum revera interveniſſe: hoc eſt, non is, qui putat, ſe emiſſe, ſibi donatum aut legatum eſſe, cùm non ſit, pro emptore, pro donato aut legato uſucapere poteſt; ſed is ſolus, qui verè emit, cui res verè donata aut legata eſt, *l. Celſus 27. hoc tit. l. 1. pro donat. l.2. & 3. pro legat. l.7. pro derel. l.2. §.ult. pro dot.* quippe falſa noſtra exiſtimatio rei veritatem non mutat, *l.6. ad munic.* Quidam tamen veterum cenſebant, in falſa opinione tituli admittendam eſſe uſucapionem pro ſuo; ſed errare eos Celſus oſtendit *d.l.27.* Utitur autem hac ratione, quòd ubi nihil emptum, nihil donatum aut legatum eſt, uſucapio pro emptore, pro donato aut legato non valeat. Quæ ratio prima fronte inepta videri poteſt: nam illi, quos errare ait, non hoc dicunt, bonæ fidei poſſeſſorem, qui modò emptum, donatum aut legatum ſibi exiſtimet, etiamſi nihil horum ſit, pro emptore, prove donato aut legato uſucapere poſſe, ſed pro ſuo: quod ratio Celſi non videtur removere, quoniam & titulus

Digitized by Google

tulus pro ſuo juſtus titulus eſt. Explicanda igitur eſt Celſi ratio, ut appareat, ex ea etiam effici, ut in propoſito nec locus ſit uſucapioni pro ſuo. Titulus pro ſuo duplex eſt, unus ſpecialis, qui ex ſola conditione rei poſſeſſæ naſcitur, & locum habet in his, quæ ſola occupatione noſtra fiunt, ex quo titulo certa uſucapio, *l.2. pro ſuo*, alter generalis, cohærens cum aliis omnibus cauſis: ut ecce, qui bona fide pro emptore, pro donato, pro legato poſſidet, is ſimul ex his cauſis etiam poſſidet pro ſuo: ſed hic titulus generalis pro ſuo, pro juſto titulo poſſeſſionis non habetur, niſi concurrat alius ſpecialis, cui ille adhæreat, *l.1. pro ſuo*. Jam puto intelligitur, quam vim ratio Celſi habet, nimirum remoto alio titulo ſpeciali, quem in propoſito nullum eſſe in confeſſo eſt, admitti non poſſe generalem illum pro ſuo. Cæterum hoc totum ſic acceptum eſt, ut juſtus & probabilis error poſſeſſoris uſucapioni non obſtet, veluti, ſi ſervus aut procurator rem aliquam ſe emiſſe falsò domino perſuaſerint, quam emendam illis mandaverat; in hoc errore poſſeſſor pro emptore uſucapiet, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error eſt, *leg. quod vulgo. 11. pro empt. l.ult. §. 1. pro ſuo.* Poteſt & in noſtro ipſorum facto talis error intervenire, ut uſucapio non impediatur, *l.2. §. ſi à pupillo, & §. ſeq. pro empt.*

Textus.

De acceſſione poſſeſſionis.

7. *Diutina poſſeſſio, quæ prodeſſe cœperat defuncto, & heredi, & bonorum poſſeſſori continuatur, licet ipſe ſciat, prædium alienum eſſe. Quòd ſi ille initium juſtum non habuit, heredi & bonorum poſſeſſori, licèt ignoranti, poſſeſſio non prodeſt. Quod noſtra conſtitutio ſimiliter & in uſucapionibus obſervari conſtituit, ut tempora continuentur.*

Notæ.

7. *Diutina poſſeſſio*] Sine poſſeſſione uſucapio non procedit, *l.25. h.t.* Non autem præciſè exigitur poſſeſſionis continuatio in una eademque perſona: ſed receptum, ut etiam alienæ poſſeſſionis acceſſione uti liceat, *l.14. h.t. l.2. §. 19. & ſeq. pro empt. l.53. §.1. & deinceps de acq. poſſ. l. 14. de div. & temp. præſc.*

Hæredi continuatur] *l.43. h.t. d.l.2. §. 19.* eadem ratione, qua perſeverat uſucapere, qui poſteà cognovit rem alienam eſſe, *l.48. §. 1. de A. R. D.* nam hæres defuncti vice fungitur, *l.22. h.oc tit.*

Hæredi non procedit] Quia etiam *ἁμαρτίας ἐστὶ κληρονομία*, hæres non tantùm in virtutes, ſed etiam in vitia defuncti ſuccedit, *l. 11. de div. & temp. præſc. l. 11. C. de acq. poſſ.*

Et in uſucapionibus] Senſus eſt, ſe conſtitutione ſua caviſſe, ut eadem temporis inter hæredem & defunctum continuatio obſervaretur in uſucapione à ſe reformatâ, & rerum quoque mobilium. Cujacia tranſpoſitio non placet.

Commentarius.

1 *Quid in hoc argumento ſit poſſidere.*
2 *Poſſeſſionem legitimi temporis ad uſucapionem definiti continuatam requiri.*
3 *Interrumpi poſſeſſionem duobus modis, & quis utriuſque effectus.*
4 *Ad implendam uſucapionem etiam alienæ poſſeſſionis acceſſione uti licere.*
5 *Iuſtam poſſeſſionem defuncti prodeſſe hæredi etiam ſcienti rem alienam eſſe: injuſtam defuncti non prodeſſe licèt ignoranti: & quam rationem utrumque habeat.*
6 *Cujac. Vveſemb. Hotomannus confutantur: & quis ſit ſenſus verborum, in calce hujus §. oſtenditur.*

In primis eum, quem uſucapere volumus, poſſidere oportet: ſine poſſeſſione ait Juriſconſultus uſucapio contingere non poteſt *leg. 25. hoc tit.* Poſſidere in hoc argumento is ſolus intelligitur, qui animo dominantis rem tenet. 1 Quamobrem hinc removentur primùm, qui alieno nomine in poſſeſſione ſunt, ut fructuarius, creditor, colonus, is cui res commodata, aut apud quem depoſita eſt, *leg. non ſolum 33. §. qui pignori hoc tit. l. pen. §.2. qui ſatiſd. cog. §. 4. infr. per quas perſ. §. poſſidere 5. inf. de interd.* deindè etiam ſequeſter, apud quem poſſeſſio depoſita eſt, item is, cui poſſeſſio tradita eſt, ut eam poſtea reſtituat: etſi enim hi verè poſſident, *l. licet 17 §. 1. depoſ. l. ſi quis 17. in fin. de acq. poſſ.* tamen quoad effectum uſucapionis 2 pro poſſeſſoribus haberi non poſſunt, quia rem non ut ſuam, non animo domini tenent: Poſſidere autem oportet totum illud tempus, quod lege definitum eſt, rem mobilem triennium, immobilem decem aut viginti annos, & poſſidere continenter ſine poſſeſſionis interruptione. Hinc rectè uſucapio à Modeſtino definitur adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti, *l.3. hoc tit.* In computatione temporis hoc obſervatur, ut non à momento ad momentum computetur, ſed dies poſtremus cœptus pro impleto habeatur, *leg.6. eod.* Interrumpitur poſſeſſio duobus modis: uno naturaliter, veluti 3 cum quis vi de poſſeſſione ejicitur, aut res nobis eripitur, *l. 5. eod. 15. de acq. poſſ.* altero civiliter per litis conteſtationem: hoc modo civiliter interrumpi poſſeſſionem dicimus, quia poſt litis conteſtationem verè & naturaliter poſſidere non deſinimus, & implemus uſucapionem, *l.2. pro donat. l.2. §. ult. pro empt.* ſed impleta inter moras judicii uſucapio effectu juris victo poſſeſſori non prodeſt, ſed rem reſtituere cogitur, perindè quaſi non uſucepiſſet, *l. ſi poſt 18. de rei vend.* Naturalis, interruptionis hanc vim fuiſſe conſtat, ut etſi quis amiſſam ſemel poſſeſſionem deinde recuperaſſet, et prioris poſſeſſionis tempora ad uſucapionem

pionem

pionem aut præſcriptionem non prodeſſent, ſed à recuperata poſſeſſione tempus denuò inchoaretur; & proinde etiam, quod ad bonam fidem poſſidentis attinet, initium poſſeſſionis recuperatæ ſpectatum fuiſſe, *l. 15. §. 2. hoc tit. l. 7. §. qui bona 4. pro empt.* neque ex hoc jure quicquam mutatum. Litis autem conteſtatione uſucapio non interpellabatur, ſed, ut dixi, condemnato poſſeſſore erat inefficax: lite omiſſa erat efficax. At longi temporis præſcriptio, quòd facti eſſet, etiam plenè interrumpebatur lite, ut nec lite omiſſa ullius momenti eſſet, etiamſi poſt omiſſam litem ex integro is, cum quo actum erat, longo tempore poſſediſſet, *l. 2. l. 5. l. nec bona 10. C. de long. temp. præſcr. l. nemo C. de acq. poſſ.* Sed hæc differentia ſublata eſt per *l. pen. & ult. C. de annal. exc. leg. un. C. de uſuc. transfor.* An ergo & mala fides ſimpliciter incidens, quæ uſucapionem neutiquam interpellabat, *l. bonæ 48. §. 1. de acq. rer. dom.* interpellavit præſcriptionem longi temporis? Id quidem affirmat Cujacius in *d. leg. 2. §. ult. pro empt.* Verùm hoc nuſquam ſcriptum eſt: nec eadem effecta, quæ litis conteſtationi tributa ſunt, fuiſſe ſcientiæ rei alienæ ſimpliciter incidentis, argumento eſt tum vetus uſucapio, tum etiam Juſtinianea, quæ non interrumpitur ex poſteriore alienæ rei ſcientia, *d. l. un. C. de uſuc. transform.* pleniſſimè interrumpitur litis conteſtatione, atque adeò libelli oblatione, ut expreſsè conſtitutum eſt *leg. pen. & ult. C. de annali except.* Atque hactenus igitur minus eſt in nova uſucapione, quàm in veteri fuit, quòd nova iſtis modis plenè interpellatur. Continuationem poſſeſſionis dum exigimus, non hoc præcisè exigimus, ut una eademque perſona per totum legitimum tempus continenter poſſideat; ſed receptum eſt, ut ad uſucapionem & longi temporis præſcriptionem implendam alienæ poſ-
4 ſeſſionis acceſſione uti liceat. Atque hoc tributum eſt, licèt diſſimiliter, de quo ſtatim, tam ſucceſſori rerum ſingularum, puta emptori, donatario, quàm ſucceſſori univerſi juris, ut hæredi aut bonorum poſſeſſori, *hoc text. & §. ſeq. leg. 14. eod. leg. 2. §. ſi defunctus 19. & ſeq. pro empt. leg. Pomponius 13. §. 1. & ſeqq. de acquir. poſſ. leg. de acceſſionibus 14. de div. temp. præſcr.*

Licèt ipſe ſciat prædium alienum eſſe. Quòd ſi ille initium juſtum non habuit]. Hæc non ad quemvis ſucceſſorem, ſed ad ſucceſſorem univerſi juris, hæredem aut bonorum poſſeſſorem, tantùm pertinent. Duo autem hic traduntur; unum eſt, juſtam poſſeſſionem defuncti prodeſſe
5 hæredi, & procedere, etiamſi hæres ſciat rem alienam eſſe: quod & traditur *l. hæres 43. hoc tit. l. 2. §. ſi defunctus 19. pro empt.* Alterum, injuſtam poſſeſſionem defuncti hæredi non procedere, licèt ignoret rem alienam eſſe, *fac. l. cum hæres 31. de div. temp. præſcr. l. vitia, C. de acq. poſſ.* Utrumque eamdem rationem habet, quia ſcilicet hæres perſonam & conditionem defuncti ſuſcipit, ita ut una perſona cum defuncto cenſeatur. Hoc enim poſito, qualitas poſſeſſionis ex perſona defuncti tantùm æſtimanda, ut illa vel proſit hæredi, vel noceat; proſit, ſi defunctus bonum initium habuerit, etſi hæres non habeat; noceat, ſi defunctus bonum initium non habuerit, etiamſi hæres habeat: & perindè per omnia habeatur, ac ſi defunctus adhuc ipſe poſſideret. Succedit itaque hæres non tantùm in virtutes defuncti, ſed etiam in vitia, nec ignoratione ſua ea excludit, ut ait Papinianus *d. l. 11. de div. temp. præſc. & Impp. d. l. 11. C. de acq. poſſ. Vitia poſſeſſionum*, inquiunt, *à majoribus contracta, perdurant, & ſucceſſorem auctoris ſui culpa comitatur.* Ex quo hoc amplius etiam intelligimus, errare eos, qui hæredem volentem uti acceſſione poſſeſſionis defuncti, à ſemetipſo inchoare poſſeſſionem, atque uſucapionem præſcriptionemve ſtatuto tempore implere poſſe arbitrantur; quod jus tantùm ſingularis eſt ſucceſſoris, ut poſteà demonſtrabitur. Nihil verò eorum opinionem juvat *l. pen. pro hæred.* neque enim negamus, poſſe aliquando hæredem uſucapere, quod defunctus non potuit: ſed dicimus, non poſſe, quod defunctus vitiosè poſſedit: Ut ecce, poteſt hæres ex ſententia plerorumque veterum uſucapere rem, quam putat hæreditariam eſſe, cùm non ſit, ſed defuncto commodata, aut pignerata, aut apud eum depoſita; quomodò eſt *d. leg. pen.* nimirum quia nihil ex perſona defuncti hic obſtat hæredi, quominùs ipſe eam rem pro hærede uſucapere poſſit: quamquam ſunt, inter quos etiam Bachovius, qui nec hoc ipſo caſu uſucapionem pro hærede admittunt; per *l. 2. & ult. C. pro hæred. leg. 4. C. de præſcr. long. tem.* Sed hoc ſi ſequimur delendi erunt *tit. de uſuc. pro hærede*, poſſuntque *dd. ll. 2. & ult.* commodè accipi de iis, qui falsò exiſtimant ſe hæredes eſſe: & *d. leg. ult. cum d. leg. 4.* etiam de vero hærede, ſed qui rem ex titulo ad uſucapionem inhabili tenens, poſſeſſionis cauſam ſibi mutare conatur, eamque rem obtentu, quaſi hæreditaria eſſet, pro hærede uſucapere; cujuſmodi ſpecies proponitur *d. l. 2. §. 1. pro hærede.*

Quod noſtra conſtitutio ſimpliciter & in uſucapionibus] Hunc verſum tranſpoſuit Wefembecius, ſecutus auctoritatem Cujacii, qui putavit, eum non ſuo loco poſitum eſſe, & reponendum poſt *§. ſequendum*: propterea quòd Juſtinianus conſtitutione ſua *l. un. Cod. de uſuc. transf.* nihil novi caverit de continuatione poſſeſſionis defuncti & hæredis: ſed, quod ex reſcripto Severi & Antonini tantùm obtinebat in præſcriptionem longi temporis, ut inter emptorem & venditorem tempora conjungerentur, traxiſſe ad uſucapionem, in qua olim ſucceſſor ſingularis propter brevitatem temporis acceſſione poſſeſſionis auctoris ſui non utebatur, per *leg. ſi ædes 32. §. 1. de ſerv. præd. urb.* In quo vix eſt, ut
Cujacio aſſentiri poſſim. Nam in *leg. id tempus* 6
14. hoc tit. expreſsè etiam emptori & legatario prodeſſe dicitur tempus, quod venditor & teſtator poſſederunt, prodeſſe ſcilicet etiam in uſucapio-

gio-

Digitized by Google

pionem, de qua ex profeſſo iſto titulo agitur.
Similiter Ulpian. in *l. Pomponius* 13. §. *& ſeqq. de
acq. poſſ.* latiſſimè diſputans de acceſſione tempo-
ris, qua poſterior poſſeſſor utitur ex perſona au-
ctoris ſui, in tota illa diſputatione nullius diffe-
rentiæ meminit, quæ hac in parte ſit inter uſuca-
pionem, & longi temporis præſcriptionem.
Quin etiam diſertiſſimis verbis ſcriptum à Paulo
eſt, emptori tempus venditoris ad uſucapionem
procedere, *leg. 2. §. pen. pro empt.* Hoc amplius
Scævola etiam, emptorem ſervi uti acceſſione
venditoris, *l. in acceſſionibus* 14. §. 2. *de div. temp.
præſcr.* Atqui conſtat res mobiles anno ubique
uſucaptas fuiſſe. Nec abſurdum eſt, in ea tem-
poris brevitate pari ſpatio duorum conjuncta
poſſeſſione rem acquiri, quo unius: imò in duo-
rum poſſeſſione domini conditio melior, quo-
niam tam in ſucceſſore volente uti acceſſione bo-
num initium exigitur, quàm in auctore ejus,
cum unius uſucapionem mala fides ſuperveniens
non interpellet. Hæc autem omnia Triboniano
adſcribere magnæ temeritatis eſt: neque in *d. l.
ſi ædes* 32. §. 1. *de ſerv. præd. urb.* agitur de empto-
re, aliove, in quem ex juſta cauſa poſſeſſio ab
auctore translata eſt, quo demum caſu locus eſt
conjunctioni temporum; ſed de eo, qui inter-
pellata uſucapione, propterea quòd res ſimplici-
ter poſſideri deſita eſſet, poſteà eamdem rem poſ-
ſidere cœpit. Quomodò igitur defendimus,
quod Juſtinianus ait de conjunctione temporum
à ſe introducta in uſucapionibus, ſimiliter ut in
diutina poſſeſſione? Hotomannus exiſtimat, to-
tam hanc diſputationem ante Juſtinianum nihil
ad uſucapionem pertinuiſſe, ſed ad longi tem-
poris præſcriptionem dumtaxat: ac ne hæredi
quidem tempora in uſucapionibus continuata,
ſed id primum effectum eſſe conſtitutione Juſti-
niani: idque eſſe, quod hoc loco Juſtinianus ſi-
gnificet. Verùm hanc ſententiam falſam eſſe
oſtendunt quotquot ſunt loci, quos modò cita-
vimus: & de hærede hoc ampliùs jam ante ob-
tinuit, ut nec ſcientia continuatio temporum in
uſucapione impediretur, *l. hæres* 43. *hoc tit. l. 2.
§. ſi defunctus* 19. *pro empt.* idque locum haud du-
biè etiam habuit in uſucapione rerum mobilium:
neque ſimplex ſcientia hæredis rem magis furti-
vam facit, quàm ſi defunctus ipſe ante imple-
tam uſucapionem reſciviſſet rem alienam eſſe.
Quapropter omninò exiſtimo, Juſtinianum, ni-
ſi fortè quid falsò ſibi attribuerit, his verbis:
*Quod noſtra conſtitutio ſimiliter & in uſucapioni-
bus, &c.* nihil aliud ſignificare, quàm ſe in
uſucapione à ſe reformata nihil innovaſſe, quod
attinet ad continuationem temporum inter de-
functum & hæredem; ſed eam obſervari voluiſ-
ſe etiam in ſua uſucapione, & rerum quoque mo-
bilium, uti ea antea obſervatur, & maximè
in diutina poſſeſſione, in qua frequentior erat
propter longioris temporis ſpatium. Non me-
minit quidem nominatim defuncti, & hæredis,
ſed tamen generaliter anteceſſoris, & ſucceſſoris
cujuſvis; quod ſatis eſt ad retinendum hunc ver-
ſum in ſuo loco: ita propemodum & *Gar. Han-
nib. Fabrot. in not. Theop.* Hinc ſimul apparet
abuti hoc textu DD. qui eum adducunt ad pro-
bandum, uſucapionem tantùm eſſe rerum mo-
bilium.

TEXTUS.

8. *Inter venditorem quoque, & emptorem
conjungi tempora, divi Severus & Antoni-
nus reſcripſerunt.*

NOTÆ.

8. *Venditorem & emptorem*] Cæteroſque ſin-
gularis rei ſucceſſores, *l. 13. §. 10. & ſeq. de acq.
poſſ. l. 5. l. 14. de div. præſ.*

Conjungi tempora] Modò uterque bona fide
acceperit. Vide ſuſ. in comment.

COMMENTARIUS.

1 *Quando ſucceſſor ſingularis acceſſione poſſeſſio-
nis auctoris ſui uti poſſit.*

2 *Vitium auctoris ſucceſſori neque nocere, neque
prodeſſe.*

DE conjunctione temporum inter priorem
poſſeſſorem, & univerſi juris ſucceſſorem
dictum §. *præc.* hìc de eadem conjunctione agi-
tur inter venditorem & emptorem, quod tamen
jus ad cæteros quoque pertinet, qui alio titulo
ſingulari, etiam lucrativo, rem acceperunt, pu-
ta ex cauſa donationis, aut legati, *l. id tempus*
14. *pr. & §. 1. hoc tit. l. Pomponius* 13. §. *ſed &* 20.
& ſeq. de acq. poſſ. l. 5. l. in acceſſionibus 14. §. 1. *de
div. temp. præſcr.* Scriptum hìc ſimpliciter eſt, in-
ter venditorem quoque, & emptorem tempo-
ra conjungi. An igitur eodem modo, quo in- 1
ter defunctum & hæredem? Nequaquam: ſed
ita, ſi uterque bona fide rem acceperit. Proin-
dè ſi emptor juſtum poſſidendi initium non ha-
buerit, etiamſi venditor habuerit, non utetur
emptor acceſſione venditoris, contra quam exi-
ſtimat Hotomannus: nam traditum eſt, vitio-
ſæ poſſeſſioni nullam ne juſtam quidem poſſe ac-
cedere, *d. l. Pomponius in fin.* quamquam diver-
ſum eſt in ſucceſſione univerſi juris, de quo
abundè §. *præc.* Ex contrario quoque vitioſa
venditoris poſſeſſio non prodeſt juſtæ poſſeſſioni
emptoris: ſed qui vult uti adminiculo ex perſo-
na auctoris, eo uti debet eum ſua cauſa ſuiſque
vitiis, *d. l. Pomponius* §. 1. id eſt, eadem condi-
tione eodemque jure, quo auctor uteretur. De-
nique hoc etiam traditum eſt, nec vitioſam poſ-
ſeſſionem accedere poſſe ei, quæ vitioſa non eſt,
d. l. Pomponius in fin. Planè non nocebit ſucceſſo-
ri, quòd auctor ejus bono initio nixus, reſcivit,
rem alienam eſſe, antequàm eam alienaret:
quia, ſi non alienaſſet, ipſe eam uſucapere po-
tuiſſet. Quid ſi ſucceſſor acceſſione auctoris uti
nolit, ſed ſua tantùm poſſeſſione tempora com-
putare, an hic etiam vitium auctoris ultro noce-
bit ſucceſſori? Placuit, quemadmodum vitium
aucto-

Digitized by Google

auctoris ſucceſſori non prodeſt, ſi acceſſione uti velit; ita neque nocere, ſi acceſſione uti nolet: denique ſucceſſorem per ſe uſucapere poſſe, quòd auctor uſucapere non potuit, *d.l. 5. de div. temp. præſcr. l.4 §. auctoris 28. de dol. exc. l. 4. Codic. de rei vend.* quod tamen ex parte emendatum & temperatum eſt diſtinctione, quæ extat in *authent. malæ fidei, C. de præſcr. long. tempor.* In hoc autem diſſimilis item cauſa hæredis eſt, cui vitioſa defuncti poſſeſſio nocet, etiamſi adminiculo ex perſona defuncti uti nolit: quippe qui tam in vitia, quàm in virtutes defuncti ſuccedit, & eadem cum defuncto perſona eſſe exiſtimatur, *l. cum hæres 11. de div. temp. præſcr. vid. §. præced.* Loquimur autem de vitio perſonæ poſſeſſoris; nam quod vitium in re eſt, puta ſi res furtiva ſit aut vi poſſeſſa, id generaliter ſucceſſoribus omnibus nocet, *§. noviſſimè ſup. l. ubi 24. eod. leg. 7. C. pro empt.* Illud addo, ſi medio tempore alius poſſederit, interrumptam eſſe poſſeſſionis continuationem; atque in ea re ſimiles eſſe emptores univerſi juris ſucceſſoribus, *d. l. Pomponius 13. §. quæſitum 4. de acquir. poſſeſſ. l. poſſeſſio 20. hoc tit.*

TEXTUS.

De his qui à fiſco, aut Imp. Auguſtæve Domo, aliquid acceperunt.

9. *Edicto divi Marci cavetur, eum, qui à fiſco rem alienam emit, ſi poſt venditionem quinquennium præterierit, poſſe dominium rei exceptione repellere. Conſtitutio autem divæ memoriæ Zenonis benè proſpexit iis, qui à fiſco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipſi quidem ſecuri ſtatim fiant, & victores exiſtant, ſive experiantur, ſive conveniantur: adverſus autem ſacratiſſimum ærarium, uſque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio, vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ ſunt, putaverint, ſibi quaſdam competere actiones. Noſtra autem divina conſtitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui à noſtra, vel venerabilis Auguſtæ domo aliquid acceperint, hæc ſtatuit, quæ in fiſcalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ conſtitutionis continentur.*

NOTÆ.

9. *Conſtitutio Zenonis*] *L.2.C. de quadr. præſcr.* Fiſco hoc tributum, quò paratiores repetiat in ſubhaſtationibus emptores. Vveſ.

COMMENTARIUS.

1 *Ærarium etiam poſt occupatam rempub. diu dictum pecuniam publicam, ſive imperii, fiſcum, pecuniam Principis privatam, poſteà utrumque verbum promiſcuè uſurpatum.*

2 *Præſcriptionem quadrienii fiſcalem, & veteri juri incognitam, & Canonibus improbatam, neque uſu apud pleroſque receptam eſſe.*

SI *poſt venditionem quinquennium*] Mentio fit hujus edicti D. Marci *l. ult. C. ſi adv. fiſc.* In hac autem præſcriptione quinquennii nullam factam fuiſſe diſtinctionem inter bona, aut mala fide quid à fiſco accipientem, apparet ex eo, quòd alloqui melior conditio fuiſſet ejus, qui à privato emiſſet, quàm qui à fiſco: ſiquidem is, qui à privato bona fide rem emerat, ad ſummum biennio jam uſucapiebat.

Conſtitutio Zenonis] Ea eſt *l. 2. C. de quadrien. præſcr.* Olim quinquennii præſcriptione tuti erant qui quid alienum emerant à fiſco. Hodie ſtatim tuti ſunt ex conſtitutione Zenonis, ſive conveniantur, ſive ipſi amiſſa fortè rei poſſeſſione ultro agant. Fiſco autem alienanti rem alienam, vel alii pignori obligatam, datur præſcriptio quadriennii, ſi poſt quadriennium eo nomine conveniatur à domino, aut creditore pigneratitio, *d.l. 2.* Quod ideò ſic conſtitutum eſſe videtur, ut tantò faciliùs emptorem fiſcus reperiat; cum etiam ne reſcindatur venditio facta publica auctoritate: alioqui ſanè durum, atque iniquum eſt domino, aut creditori, jus vendicandi, aut perſequendi rem ſuam, aut ſibi nexam ſtatim auferre, iiſque objicere tam potentem adverſarium.

Sacratiſſimum ærarium] Hìc diſertè fiſcus appellatur ærarium Principis, uti & in *l. 2. & 3. C. de quadr. præſcr.* neque cauſam habet Hotomannus, cur eo nomine Tribonianum reprehendat: & falſum eſt, quod ſcribit, ærarium eſſe rerum Principis privatarum, quibus ſcilicet ipſius patrimonium conſtet: fiſcum verò cæterarum omnium, quæ ſacræ largitiones, & ſacri theſauri paſſim appellentur: eamque differentiam in *dd. ll.* accuratè obſervatam. Scimus, locum, ubi pecunia publica reponebatur, Romanis ærarium appellatum, eumque locum fuiſſe in æde Saturni, quò etiam Senatus conſulta deferebantur: teſtes paſſim Livius aliique ſcriptores. Ipſam quoque pecuniam publicum ærarium dictam κτ̄ μετωνυμίαν. Cic. 3. *Tuſc. Et quidem C. Gracchus cum largitiones maximas feciſſet, & effudiſſet ærarium, verbis tamen defendebat ærarium* Item *Attic. Ariobarzanes nullum ærarium, nullum vectigal habebat.* Illud quoque conſtat, poſt occu-
patam rempubl. ærarium adhuc diu dictum fuiſſe 1
pecuniam publicam, ſive imperii, & à fiſco ſeparatum: fiſcum enim dixerunt pecuniam Imp. propriam, ac privatam: cujuſmodi erant bona damnatorum, caduca, vacantia, aliaque ἀδέσποτα, quæ Principi deferebantur. Plinius

in

Digitized by Google

In *Panegyr. Trajano dict. At fortaſſe non eadem ſeveritate fiſcum, qua ærarium, cohibes? Imò tantò majore, quantò plus tibi licere de tuo, quàm de publico credis*: & paulò poſt: *Quæ præcipua tua gloria eſt, ſæpius vincitur fiſcus: cujus mala cauſa eſt nunquam, niſi ſub bono Principe*. Ulpianus in *l.2. §. 4. ne quid. in loc. pub. Res*, inquit, *fiſcales quaſi propriæ & privatæ Principis ſunt*. Hinc ratio fiſci idem, quod ratio Principis & ratio privata, *l. pen. C. de edend. l.2. C. de priv. fiſc.* Procedente tempore diſtinctio illa ærarii & fiſci evanuit, ac utraque voce promiſcuè uſi ſunt, unaque tantùm ſub Græcis principibus diſtinctio uſurpata, fiſci & bonorum principis patrimonialium quod hic locus apertè oſtendit, &, unde deſumptus eſt, *l. ult. C. de quadr. præſcr.* Id autem inter res fiſcales & patrimoniales intererat, quòd etſi utræque principis erant, illæ eſſent principis: qua talis, & ideò publicæ, eæ propriæ Zenonis, Juſtiniani, & ideò privatæ: unde & comites rerum privatarum dicti, quibus harum rerum cura demandata, *tit. C. de off. com. rer. priv.* qui antea procuratores patrimonii appellabantur, *l. cum ſervus 39. §. ult. de legat. 1.* Planè vocabulo ærarii aliquando latiùs uſi ſunt, ut eo etiam ſignificarent res principis privatas; veluti cum in *leg. un. C. de quæſt. & magiſtr. offic. lib. 12.* comitiva utrjuſque ærarii dicitur, id eſt, ſacri ſive fiſcalis, & privati Qui fiſcali præerat, in ſpecie comes ſacrarum largitionum & theſaurorum appellari videtur *l.3. C. ubi ſenat. vel clariſſ. l. 2. C. ut dign. ord. ſerv. lib. 11.*

Noſtra autem divina conſtitutio] Intelligit *l. ult. C. de quadr. præſcr.* qua conſtitutione quod Zeno de fiſco ſtatuerat, producit ad ſubſtantiam principis privatam, ut ſcilicet etiam rerum patrimonalium emptor ſtatim ſecurus ſit, & dominus quadriennii præſcriptione excludatur; aſſertque hanc conſtitutionis ſuæ rationem, quod cùm omnia principis eſſe intelligantur, ſive res ſint fiſcales, ſive privatæ Cæſaris, nulla, quod attinet ad harum rerum alienationem, differentia introducenda ſit. Explodendi autem ſunt, qui hinc colligunt, omnia omnino, & bona etiam ſubditorum propria eſſe principis. Eadem conſtitutione etiam ſereniſſimæ Auguſtæ idem privilegium conceditur. Hoc jus atque hæc præſcriptio fiſcali veteribus incognita fuit, uti liquet ex *l. nec ullam 13. §. item ſi quis 9. de hær. pet.* Jus Canonum eam improbat *cap. placuit 16. q. 3.* nec apud nos recepta, *Zypæ. notit. jur. Belg. tit. de præſcript. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 82. nu. ult.* ubi etiam alios allegat, qui tradunt, hunc §. & *tit. C. de quadrien. præſcript.* in uſu non eſſe. Aliud tamen viſum *Groenem. hic tract. de legib. abrog. arg. deciſ. 25. cur. Holland.*

TITULUS VII.

DE DONATIONIBUS:

D. lib. 39. Tit. 5. 6. C. Lib. 8. Tit. 54. Nov. 162.

1 *Abſolutam inter vivos donationem ad acquiſitiones juris gentium pertinere.*
2 *Sitne donatio modus acquirendi, an titulus, ſive cauſa.*
3 *Series hujus tituli.*

USucapionem, de qua proximè egimus, eſſe modum acquirendi jure civili, extra
1 controverſiam eſt: utrùm autem donatio quoque eò pertineat, ambigitur. Et quidem abſolutam inter vivos donationem, quæ traditione perficitur, & potiſſima donationis ſpecies eſt, nemo, opinor, tam eſt excors, qui juri civili adſcribendam putet. Quid enim habet iſta à jure civili, quod ad formam ejus aut perfectionem pertineat? Quid tam naturale eſt, quàm hominem homini benè facere? Ad liberalitatem natura propenſi ſumus, teſtibus *Cic. in Læl. & Sen. in lib. de benef.* Antiquitas nihil aliud exiſtimavit eſſe Deum, quàm prodeſſe mortalibus. De quo Deſiderius noſter *in Chiliad.* Adhæc, nihil magis rationi naturali convenit, quàm voluntatem domini rem ſuam in alium transferentis ratam haberi *Demoſt. adverſ. Leptin.* ex cauſa libertatis id fiat, an ex qua alia, nihil refert, auctore ipſo Juſtiniano §. *per traditionem 40. ſup. de rer. div.* ubi nominatim etiam donationem refert inter cauſas acquiſitionis juris gentium. An vel apud Sinas aut Japones credimus nullum eſſe exercitium liberalitatis, nullum donationis uſum? At inquis, lex Cincia ſupra modum donare prohibuit: & nunc donatio excedens ſummam 500. ſolidorum inſinuanda eſt. Quid tum poſtea? Lex Fufia Caninia vetuit ultra præſcriptum numerum manumittere, an ideo manumiſſio ex jure civili eſt? Quarumdam rerum vetita eſt diſtractio, an ideirco emptio, venditio, contractus juris gentium non eſt, ſed juris civilis? Planè cùm neceſſitas inſinuandi donationem, quæ excedit ſupra dictam ſummam, à jure civili ſit, concedo tantæ quantitatis donationem, utpotè quæ jam ſola voluntate & traditione donantis non perficitur, poſſe referri inter modos acquirendi jure civili, *arg. l. 6. de uſuſr. & jur.* ut tamen non meri juri civilis habeatur, ſed mixti, & maximam adhuc partem naturalis: aliæ autem omnes, quæ quantitatem legitimam non excedunt, juris merè naturalis ſive gentium manent. Quomodò ergo defendimus methodum Juſtiniani? nimirum ſi dicamus, Juſtiniano principaliter propoſitum eſſe tractare de donationibus impropriis, mortis cauſa & propter nuptias: quæ ad jus civile non ineptè

rele-

Digitized by Google

referuntur, ut poſteà palam fiet. Hoc autem ipſa ſeries tractationis oſtendit, cujus initium à mortis cauſa donatione capitur; cum alioqui converſo modo de donatione vera & abſoluta primo loco agendum fuiſſet, uti factum eſt *in π. & Cod.* Occurrit hic & aliud dubium, ſit ne ſci. donatio modus acquirendi dominii, an ſolummodò titulus ſive cauſa, ut emptio, dos, permutatio. Nam ratio ordinis exigit, ut dicamus eſſe acquirendi modum: contra verò cauſam tantùm acquirendi eſſe, probat *d. §. per traditionem. de rer. div.* Verùm hoc non adeò difficile expeditu eſt. Etenim donationis verbū duobus modis accipitur. Uno modo propriè pro ipſa donatione, quando liberalitatis exercendæ gratia aliquid alicui tradimus, & acturum in accipientem transferimus; ut ſimul & cauſam tradendi & traditionem ipſam includat. Nam propriè donare nemo intelligitur, niſi qui & tradat. Unde donare & dare promiſcuè Juriſconſultus uſurpat, *l. 1. hoc tit.* & donatio dicta quaſi doni datio, *l. ſenatus 35. §. 1. mort. cap. don.* unde & Papinianus *l. 32. §. de donat. int. vir. & ux.* donationem diſtinguit à ſtipulatione donationis cauſa facta. Altero modo metonymicè pro conventione de dando, cum quis donationis cauſa aliquid promittit, *l. 2. l. 22. l. cum qui 22. eod.* Priore ſenſu accepta donatio modus eſt acquirendi dominii, poſteriore non dominium, ſed obligationem parit, rationemque contractus & tituli habet, *d. l. 22.* Plerique magno molimine magnas hic nugas agunt. Initio hujus tituli proponitur donationis diviſio: deinde ex-
3 plicantur ſpecies, non omnes quidem, ſed tres tantummodò, hoc ordine. Primùm agitur de donatione mortis cauſa; deinde de donatione ſimplici inter vivos; tum de donatione propter nuptias. Ad extremum ſubiicitur modus antiquus acquiſitionis civilis ex cauſa lucrativa per jus accreſcendi.

TEXTUS.

De Donatione.

Eſt & aliud genus acquiſitionis donatio. Donationum autem duo ſunt genera; mortis cauſa, & non mortis cauſa.

NOTÆ.

Donationibus] Donatio eſt, cum quid nullo jure cogente conceditur, *l. 29. h. tit.*

Aquiſitionis] Civilis ſcil. ut ordo arguit. At eò tamen referendæ donationes impropriæ, mortis cauſa & propter nuptias, de quibus hic principaliter tractatur; non illa abſoluta inter vivos. Nam res ſuas quibuſque donare apud omnes gentes jus poteſtaſque eſt, *§. 40. ſup. de rer. div.* Demoſth. *adv. Leptin.*

Donatio] Donatio propriè eſt doni datio, *l. 1. D. h. t. l. 35. §. 1. D. de mort. ca. don.* Eſtque modus acquirendi, quoniam & cauſam tradendi includit, & ipſam traditionem. Cum autem accipitur pro conventione de dando, tituli cauſæ tantùm rationem habet, *§. 40. ſup. de rer. div.*

Duo genera] Utriuſque autem generis plures ſunt ſpecies, *leg. 1. D. h. t. l. 2. D. de mort. c. don.*

COMMENTARIUS.

Rectior fortaſſis erit diviſio, ſi dicamus, donationem aliam eſſe propriam, aliam impropriam, *l. 1. hoc t.* eſt enim donatio ex eorum generum numero, quæ ποσῶς dicuntur, nec pariter ſubjectis ſpeciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ & vera atque abſoluta, *l. ſenatus 35. §. 2. de mort. ca. don.* eſt, cum quis ſolius liberalitatis gratia ſic aliquid dat, ut ſtatim velit accipientis fieri, neque ullo caſu ad ſe reverti, *d. l. 1. & d. l. ſenatus, §. 2.* Impropriæ donationis variæ ſunt ſpecies. Talis eſt donatio propter nuptias, de qua *§. 3. inf. eod.* Tales ſunt donationes omnes, quæ ſub modo, cauſa, conditione fiunt, *tit. C. de don. quæ ſub modo.* & in ſpeciem incidunt contractuum innominatorum, do ut des, do ut facias: item remuneratio. In quibus omnibus pro modo & quantitate retributionis propriùs aut longiùs à vera donatione receditur. Sic item quod honorarii nomine datur pro officio & opera præſtita, & in factis, quæ locari ſolent, merces diceretur, in ſpeciem meræ donationis non cadit. Quia donari non videtur, niſi quod nullo cogente conceditur, *l. donari 29. hoc tit.* τὸ χωρὶς ἀνάγκης διδόμενον. *Harmenop. lib. 3. tit. 1.* & hoc eſt, quod DD. tradunt, donationem remuneratoriam propriè donationem non eſſe, *per l. hoc jure 19. §. 1. l. Aquilius 27. eod.* Talis denique donatio mortis cauſa, propterea quòd ex caſu reſolvitur, atque adeò ex pœnitudine revocari poteſt.

TEXTUS.

De mortis cauſa donatione.

1. *Mortis cauſa donatio eſt, quæ propter mortis fit ſuſpicionem: quum quis ita donat, ut ſi quid humanitus ei contigiſſet, haberet is, qui accipit: ſin autem ſupervixiſſet is, qui donavit, reciperet: vel ſi eum donationis pœnituiſſet, aut prior deceſſerit is, cui donatum ſit. Hæ mortis cauſa donationes ad exemplum legatorum redactæ ſunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrùm donationis, an legati inſtar eam obtinere oporteret, & utriuſque cauſæ quædam habebat inſignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant, à nobis conſtitutum eſt, ut per omnia fere legatis connumeretur, & ſic procedat, quemadmodum noſtra conſtitutio eam formavit. Et in ſumma mortis cauſa donatio eſt, quum magis ſe quis velit habere, quàm eum, cui donat,*

magiſ

Digitized by Google

magiſque eum, cui donat, quam hæredem ſuum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo:

Πείραι', οὐ γάρ τ' ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδ' ἔργα,
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρῃ κτείναντες, πατρώϊα πάντα δάσωνται.
Αὐτὸν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε.
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

Hos verſus ſic vertere licebit.

Cùm Piræe homines lateant ſecreta futuri,
Si me forte proci ſceleratis ad Stygamittant
Inſidiis, patriaſque velint erciſcere prædas,
Hæc ego præ reliquis multo tibi cedere malim.
Sic ego tos juſtis proſternam cladibus ultor,
Hæc mihi tu gaudens media inter gaudia reddas.

NOTÆ.

1. *Mortis ſuſpicionem.*] Vel ſola etiam cogitationem mortalitatis ex ſorte humana, *l. 2. & aliquos ſeq. l. 35. §. 4. D. de mort. ca. don.*

Cum quis ita donat] Hoc expreſſo ſcil. etiamſi in extremis vitæ quis conſtitutus ſit, alioqui non tam mortis cauſa, quàm moriens dediſſe videtur, *l. 42. in fin. eod.*

Si quid humanitus] Quo verbo mors ſignificatur, *l. 26. pr. depoſ.*

Per omnia fere] Unde eſt, quòd pœnitentia donatoris & morte donatarii extinguitur: quod minuitur Falcidia, *l. 2. C. eod.* quod non indiget inſinuatione, *l. ult. C. eod.* & ſi quæ alia, *v. l. 1. C. eod. l. 9. §. ult. l. 10. & ſeq. D. de don. int. vir. l. un. §. 14. C. de cad. toll.* Differt à legato, quod non pendet ab aditione hæreditatis *l. 5. §. 17. de his quæ ut indign.* quod à præſente in præſentem confertur, *l. 38. D. h. t.* in quo negotii inter vivos naturam imitatur, ut & in aliis quibuſdam *v. l. 22. l. 25. §. ult. eod.*

Eam formavit] Ut quinque adhibeantur teſtes: qui numerus legitimus in omni ultima voluntate, excepto teſtamento, *leg. ult. §. C. de codicill. ll.*

Quam Hæredem ſuum] *l. 1. d. l. 35. §. 1. D. h. t.*

Apud Homerum] *Odyſſ. 17.* Hic locus arguit etiam mortis cauſa donationem ratione facti juris gentium eſſe.

COMMENTARIUS.

1 *Ex verbis donatoris æſtimandum, an donatio facta ſit ob ſuſpicionem mortis: & citra talem ſuſpicionem mortis quoque cauſa rectè donari.*
2 *Quibus in rebus ſimilitudo hujus donationis & convenientia cum legatis cernatur.*
3 *Quibus in rebus diſſimilitudo & diſcrepantia.*

QVæ *propter mortis fit ſuſpicionem*] Cum quid metu mortis vel ex præſenti vel ex futuro periculo donatur; puta ſi donator gravi morbo laboret, ſi periculoſam peregrinationem vel navigationem ſuſcepturus ſit, ſi iturus in militiam, ſi graſſetur peſtilentia, &c. *l. 2. & aliquos ſeqq. l.* 1
ſenatus 35. §. mortis 4. hoc tit. de mort. ca. don. Cæterum an propter mortis ſuſpicionem donatio facta ſit, ex verbis donatoris æſtimandum eſt. Nec enim ſufficit ad hanc donationem, à moriente aut periculo mortis poſito quid donatum eſſe, niſi verbis declaraverit, ſe ob metum propinquæ mortis donaſſe: alioqui non tam mortis cauſa, quàm moriens donaſſe cenſetur, *l. ſi quis mortis 29. l. Seja 42. in fin. eod. D. Tuld. comm. hic cap. 4.* Hodie tamen in dubio mortis cauſa factam præſumi; & in Gallia ſic judicatum referunt, *Autum. conf. jur. add. l. 42. & Bugn. lib. 5. de ll. abrog. cent. 16. fac. l. ſulcimus 34. eod.* Qui etiam extra ſuſpicionem ulliuspericuli & à ſano atque in bona valetudine conſtituto mortis cauſa rectè donatur, ſola cogitatione mortalitatis ex ſorte humana, *d. l. 2. & d. l. 35. §. 4. eod.* Sed itidem verbis hoc declarandum, ne aliàs pura & ſimplex habeatur donatio. Quod ſi conſideraſſet Hotomannus, abſtinuiſſet, credo, à reprehenſione Juriſconſultorum, Juliani, Ulpiani, Pauli; neque tam temerè pronunciaſſet, nullam eſſe mortis cauſa donationem, cujus non mortis periculum cauſa ſit. Si Titio centum donavero, preſtanda poſt mortem, donatio inter vivos eſt: nam tempus adjectum differendæ ſolutionis cauſa ad ſubſtantiam donationis non pertinet. Unde legi Falcidiæ in ea donatione locus non erit, uti memini me ex facto conſultum reſpondiſſe, *ad Fachin. 5. contr. 22.* Non ſolùm autem ſuæ mortis cauſa donare quis poteſt, ſed etiam alterius, puta filii, fratris, ſororis, *l. 11. l. mortis 18. hoc tit. de mort. ca. don. l. 3. C. eod.*

Quum quis ita donat] Dupliciter autem quis ſic donat, vel ut ſtatim rem faciat accipientis, vel ut tunc demum, cùm mors fuerit inſecuta, *d. l. 2. eod.* Poſteriore caſu ad revocandam donationem competit donatori directa in rem actio, ſive pœnitentia ductus donationem infringere velit, ſive periculum, quod metuebat, evaſerit, *l. ſi mortis 19. eod.* Priore conditionem habet, *l. ſenatus 35. §. 3. eod.* habet & utilem in rem adverſùs quoſvis poſſeſſores, *leg. qui mortis 30. eod.* ſublatoque periculo aut præmortuo eo, cui donatum eſt, fortaſſis etiam in rem directam, quaſi donatio ipſo jure reſoluta, *d. leg. 29. add. Gomez. 2. reſol. 4.*

Si quid humanitus] Ἀνθρώπινόν τι. Si quid humanum, *l. 26. pr. de poſ.* Veteris ominis cauſa ſic loquebantur; *Si quid mihi acciderit,* ἐάν τι συμβῇ, ἐάν τι πάθω, pro, *ſi mortuar. leg. 162. §. 1. de verb. ſign.* Abſtinebant à mortis vocabulo, tanquam ominoſo.

Si autem ſupervixiſſet, &c.] Tribus caſibus mortis cauſa donatio fit irrita; ſi donator ſalvus evaſerit, quod hic dicitur *ſupervixerit*: ſi donationis eum pœnituerit; ſi donatario ſupervixerit, *l. mortis 16. d. l. 29. & ſeq. eod. l. non omnis 19. de reb. cred.* Si ſalvus evaſerit, ſic accipe, licet dona-

Digitized by Google

donatarius adhuc vivat: ſi ſupervixerit donatario, ſic, etſi periculum adhuc duret, cujus contemplatione donatio facta. Planè ſi quis ſanus & valens extra ſuſpicionem alterius periculi, ſola cogitatione mortalitatis commotus, donaverit, non puto irritam fieri donationem, ſi fortè donator morbum aliudve periculum, in quod poſtea incidit, evaſerit: nam nihilominùs cauſa donandi manet, *Soar. in recept. lit. D. num. 29. D. Tuld. comm. hic c. 25.*

Ad exemplum legatorum redactæ ſunt per omnia] Fere ſcilicet. Quam particulam mox etiam ipſe exprimit, cum conſtitutionis meminit, qua hæc exæquatio facta eſt. Intelligit autem *l. ult. Cod. hoc tit. de mort. ca. don.* qua quidem hanc donationem ad ſimilitudinem legatorum revocat: cæterum non ſimpliciter & per omnia, ſed *κατά τι*, & maximè ratione effectorum. In aliis
2 verò magna adhuc diſſimilitudo eſt: de quo habebimus, quod certò ſtatuamus, ſi res hæc inductione utriuſque generis exemplorum declaretur. Similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis in his cernitur. 1. Quod, quemadmodum in omni voluntate, quæ teſtamentum non ſit, quinque teſtes deſiderantur, *l. ult. §. ult. Cod. de codicill.* ita & in mortis cauſa donatione, idque ad ſolemnitatem actus, *l. ult. Cod. hoc tit.* 2. Quod, ſicut legata à vivo teſtatore revocari poſſunt, nec quicquam ſuprema voluntate relictum valet niſi poſt mortem relinquentis, ita & hanc donationem pro arbitrio revocare liceat, nec priùs rata aut perfecta habeatur, quàm mors donatoris inſecuta ſit, *l. ſi mortis 20. & l. ſeq. l. non videtur 32. hoc tit.* 3. Quòd, ſicut dominium rei legatæ ſtatim à morte teſtatoris tranſit in legatarium, ita rei mortis cauſa donatæ nec ante traditæ ſtatim à morte donatoris in donatarium *l. 2. de publ in rem. act.* Hæc ſufficiunt, ut donatio mortis cauſa numeretur inter acquiſitiones civiles. Illud autem falſum eſt, quod Gloſſa, Bart. Caſtr; in *l. qui mortis 30. hoc tit.* tradunt, & ſequitur Gomez, *2. reſ. 4. n. 20.* dominium rei mortis cauſa donatæ ſtatim, ut donatio facta eſt, tranſire, etiamſi traditio nulla ſecuta ſit. Nam ſive cum contractibus hanc donationem conferre placet, explorati juris eſt, ex contractu nullo citra traditionem dominium transferri; ſive cum legatis, conſtat, dominium rei legatæ demum poſt mortem teſtatoris in legatarium tranſire 4. Quòd, ſicut legatario ſubſtitui poteſt, ita & noſtro donatario, *l. 1. C. eod.* 5. Quod hæc donatio, perinde ut legata, lege Falcidia imminuatur, *l. Seja 42. §. 1. hoc tit. l. 2. C. eod.* 6. Quod in ea locum habet jus accreſcendi inter conjunctos in eamdem rem, *l. un. l. hæc autem 14. C. de cad. toll. Gomez. 1. reſol. 10. num. 7.* Quod, quemadmodum conjux conjugi legare, ita & mortis cauſa donare poteſt, *l. 9. §. ult. & ll. ſeqq. de donat. int. vir. & ux.* 8. Poſtremò quod in hoc genere donationis
3 non opus eſt inſinuatione, *l. ult. C. hoc tit.* Diſſimilitudo, & diſcrepantia elucet in his. 1. Quòd mortis cauſa donatio ſic fieri poteſt, ut nullo caſu revocetur, *l. ſi alienam 13. de mort. ca. don.* quod ſecus eſt in legatis, *l. ſi quis 22. de legat. 3. l. 4. de adm. legat.* Quamquam fatendum eſt, talem mortis cauſa donationem naturam mutare, & effectu eſſe donationem inter vivos, *l. ubi ita 27. eod.* Idque eleganter oſtendit D. Joan. DecKher *diſſert. 1. nu. 40. & ſeq.* 2. Quòd donatio hæc ab aditione hæreditatis, ſicut legatum, non pendet, ſed ſola morte confirmatur donantis, *l. non videtur 32. eod. fac. leg. 5. §. qui mortis 17. de his quæ ut indig. Clar. lib. 4. §. donatio quæſt. 5. n. 2.* 3. Quòd donatio in ſingulos annos una eſt, legatum tale multiplex; itaque illa ad hæredes pertinet; at primi anni legatum dumtaxat purum eſt, reliquorum conditionale, quod ad hæredem legatarii ante diem non tranſit, *l. ſenatus 35. §. ult. hoc tit. l. 4. de ann. legat.* 4. Quòd in mortis cauſa donationibus, an quis capere poſſit, non donationis, ſed mortis tempus inſpicitur, *l. in mortis 22. hoc tit.* cùm in legatis etiam tempus facti teſtamenti ſpectetur, *§. in extraneis 4. inſ. de hær. qual.* 5. Quòd donatio ſit inter duos, legatum autem præter voluntatem unius teſtatoris nihil deſiderat: unde legatum etiam in abſentem & ignorantem conferri poteſt: dotatio autem à præſente in præſentem conferenda, *l. inter mortis 38. hoc tit.* aut utique in abſentem per nuntium aut litteras, ut ſciat, & donationem accipiat, *l. 10. eod. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 8. tit. 1. nu. 36.* Quòd ſi quis abſenti & ignoranti ſe donare quid ſimpliciter dixerit, defenditur donatio jure fideicommiſſi ex communi Interpretum ſententia. His de cauſis donatio hæc naturam contractus habere dicitur, *d. l. ſenatus 35. §. 3.* unde etiam illud eſt, quòd filiusfam. conſenſu patris mortis cauſa donare poteſt, quamvis teſtamentum facere non poſſit, nec permittente patre, *l. tam is 25. §. 1. eod.* Vulgò DD. ſic diſtinguunt, donationem hanc habere naturam contractus, cum in eſſe producitur: effectu autem, & cum in eſſe producta eſt, rationem ultimæ voluntatis. Cæterum hoc per omnia verum non eſſe, tum numerus teſtium, & remiſſio inſinuationis, liquidò oſtendit, tum quo hæc donatio non pendet ab aditione hæreditatis.

Cum prudentibus ambiguum fuerat] Familiare Juſtiniano eſt, cum quid quaſi novum conſtituit, veterum Juriſconſultorem allegare ambiguitatem: in quo tamen ſæpè fallitur, & fortaſſis etiam hoc ipſo loco. Sanè in reſponſis veterum nullum hujus ambiguitatis veſtigium apparet. Tradunt illi, quod hic à ſe factum ait Juſtinianus, donationes mortis cauſa ad exemplum legatorum eſſe revocatas, *l. Marcellus 15. illud 37. eod. l. 2. de pub. in rem act.* Manſit tamen adhuc nonnullum inter hæc diſcrimen, de quo inter omnes convenit, ut ex aliis locis patet: nec hoc diſcrimen à Juſtiniano ſublatum eſt.

Magis ſe quis velit habere, &c.] Ex Marciano, *l. 1. eod.* Eſtque hæc ratio, cur donationem mortis cauſa revocare liceat. In donatione inter vivos, qui donat, donatarium ſolum cogitat, at-

que

què illum, quam ſe, habere mavult: in donatione autem mortis cauſa, qui donat, ſe primùm & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepiſſe potiùs, quàm dediſſe mavult. In ſumma, ſe potius habere vult, quàm eum, cui donat: illum deinde potiùs, quàm hæredem ſuum, *d.l. ſenatus 35. §. 2. eod.*

Sic apud Homerum] Odyſſ. ρ'. ubi Telemachum ex peregrinatione reverſum, quam patris Uliſſis conquirendi cauſa ſuſceperat, Piræus, qui comes illi in peregrinatione fuerat, monet, ut vaſa illa aurea & argentea, quibus Telemachus à Menelao donatus erat, quæque ſecum Piræus aſportarat, quæſitum mittat: ancillis Telemachi ſe traditurum. Cui Telemachus in hanc ſententiam reſpondet: Piræe; quoniam incertum eſt qualis harum rerum exitus ſit futurus, ſi me feroces porci domi ex inſidiis necent, paternaſque opes diripiant, malo te vaſa hæc tibi habere, quàm illorum quempiam: Sin autem ego illis interitum afferam, tum verò tu lætus & gratulans mihi læto & gratulanti domum illa referes; Eſt & mortis cauſa donatio in *Alceſtide* Euripidis, ubi ſic Hercules: *γυναῖκα τήνδε μοι σῶσον λαβὼν*, &c. Adi de hac donatione, *Covar. rubr. de teſtam. part. 3.*

TEXTUS 6.

De ſimplice inter vivos donatione.

2. *Aliæ autem donationes ſunt, quæ ſine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ ſi fuerint perfectæ, temere revocari non poſſunt. Perficiuntur autem, quum donator ſuam voluntatem ſcriptis aut ſine ſcriptis manifeſtaverit. Et ad exemplum venditionis noſtra conſtitutio eas etiam in ſe habere neceſſitatem traditionis voluit, ut, etiamſi non tradantur, habeant pleniſſimum & perfectum robur, & traditionis neceſſitas incumbat donatori. Et quum retro Principum diſpoſitiones inſinuari eas actis intervenientibus volebant, ſi majores fuerãt ducentorum ſolidorum, conſtitutio noſtra eam quantitatem uſque ad quingentos ſolidos ampliavit, quam ſtare etiam ſine inſinuatione ſtatuit. Sed & quaſdam donationes invenit, quæ penitus inſinuationem fieri minimè deſiderant, ſed in ſe pleniſſimam habent firmitatem. Alia inſuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia ex noſtris conſtitutionibus, quas ſuper his expoſuimus, colligenda ſunt. Sciendum eſt tamen, quòd etſi pleniſſimæ ſint donationes, ſi tamen ingrati exiſtant homines, in quos beneficium collatum eſt, donatoribus per noſtram conſtitutionem licentiam præſtitimus certis ex cauſis eas revocare: ne illi, qui ſuas res in alios contulerint, ab his quamdam patiantur injuriam, vel jacturam, ſecundùm enumeratos in conſtitutione noſtra modos.*

NOTÆ.

2. *Inter vivos*] Hæ ſunt, quæ aliàs dicuntur veræ, ſimplices, abſolutæ, meræ, directæ, *l. 25. l. 27. h. t. l. 35. §. 2. de mort. ca. don. l. 20. §. 3. De fam. erc. l. 20. C. de don. ant. nupt.*

Perficiuntur autem] De primo gradu perfectionis intellige, unde obligatio & actio, non rei dominium, quod demum acquiritur præſtatione promiſſi.

Voluntatem manifeſtaverit] Eamque gratam atque acceptam habuerit donatarius, *l. 10. l. 19. §. 1. hoc t.*

Noſtra conſtitutio] *leg. 35. §. ult. C. eod.* ubi pacto donationis cauſa facto verbis in præſens conceptis, veluti *dono tibi centum aureos*, eamdem vim tribuit, quam habet ſtipulatio, ut ex eo obligatio & actio naſcatur, contra regulam juris antiqui *leg. 7. §. 4. de pact.* unde tale pactum hodie legitimum, pariens condictionem ex lege, *per l. 6. d. tit.*

Inſinuari actis] In acta referri, litteris publicis conſignari.

Ad 500. ſolidos] Ad 300. primùm *l. 34. eod.* noviſſimè ad 500. *l. pen. §. ult. C. eod.* Si definitum modum excedens inſinuata non eſt, non in totum irrita, ſed quatenus excedit, *d. leg. 34.* Nov. 262. *cap. 1. §. ult.* *τὸ ὑπέρπλεον μὴ ἰσχυέτω.* Baſ. 47. *tit. 1.*

Quaſdam donationes] Quarum numero, quas Princeps facit, vel quæ Principi fiunt, quæ fiunt pro redemptione captivorum, pro reſtitutione ædium incendio vel ruina conſumptarum, &c: vid. *d. leg. 34. leg. pen. pr. §. 1. & 2. v. eod.*

Noſtris conſtitutionibus] *leg. 33. d. leg. 34. pr. §. 1. penult. & ult. C. eod.*

Ex certis cauſis] Inſignis ingratitudinis, cujus generis cauſæ enumerantur quinque *leg. ult. C. dot.* Plerique addunt & aliam, ſupervenientiam ſcil. liberorum, ex *l. 8. C. eod.* quæ tamen conſtituto tantùm de donatore patrono & liberto donatario loquitur, nec à Græcis extenditur. Baſil. 47. *tit. 2.* Harm. 3. tit. 2. Vide fuſiùs in comment.

COMMENTARIUS.

1 *Pleniùs & planiùs exponitur, quomodò donatio inter vivos perficiatur.*
2 *Non ex quolibet pacto donationis cauſa facto obligationem ex conſtit. Juſt. naſci.*
3 *Errare eos, qui putant, ſimplex pactum donationis vi conſtitutionis Juſt. parere actionem in rem.*
4 *Donationes, quæ inſinuationem non deſiderant recenſitæ.*

6 *Ad uberiorem exitum donationum à Iuſtiniano quæ inventa.*

6 *Neque hæredem donatoris revocare donationem neque ab hæredibus donatariis revocari ob ingratitudinem ejus poſſe.*

7 *In* l. ſi unquam. C. de rev. don. *conſtitui jus ſingulare, quod non producendum ad conſequentias.*

AGitur hic de donatione propria. Quæ aliàs vera, abſoluta, & mera, *l. ſenatus* 35. §. 1. *de mort. ca. don. l. Aquilius* 27. *hoc tit.* aliàs ſimplex, *l. ſi filia* 20. §. *ſi pater fam. erc. l. cum multæ* 20. *C. de don. ant. nupt. l. pen.* §. 1. *C. de collat.* aliàs directa, *l. donatio* 25. *hoc tit. C. de donat.* aliàs inter vivos, ut hic & *leg. ubi ita* 27. *de mort. ca. don.* appellatur. Deſcripſimus hanc donationem initio hujus tituli.

Quæ non omnino comparantur legatis] Hotom; Vveſemb. Giphan. *omninò non*, ita enim eſſe in veteribus libris. Ut ſit ſenſus, Donationes inter vivos nullo modo comparantur legatis. Quomodò etiam legiſſe apparet paraphraſtem Græcum: vertit enim μηδαμῶς. Et ſunt ſanè hæ donationes planè diſſimiles legatis, neque natura, neque proprietatibus, neque forma, neque effectu ullam cum legatis ſocietatem habentes. Pro tuenda tamen vulgata lectione hoc affert Pacius, quòd legatum & donatio hæc in eo conveniunt, quòd utrumque ſit cauſa lucrativa, & modus acquirendi peculiaris. Quod mihi futile & valdè puerile eſſe videtur: cùm nullæ res tam ſint diſſimiles, quæ non in uno aliquo aut altero comparari queant.

Temerè revocari non poſſunt. Mortis cauſa donatio temerè, hoc eſt, pro arbitrio, facilè, & ſine cauſa revocari poteſt: quippe quæ hanc in ſe ſemper conditionem habet, ut revocari liceat. Vera autem donatio natura ſua irrevocabilis eſt: ἡ δωρεὰ ἀναφαίρετος ait *Ariſtot.* 5. *topic.* 4. nam quod hanc etiam aliquando revocari licet, id ex accidenti eſt & facto donatarii, pro beneficio inſignem injuriam rependentis, non ex intentione donantis, utpote qui ſic donat, ut nullo caſu velit ad ſe reverti. *l. 1. hoc tit. l. ubi ita* 27. *de mort. cap. don.* Utique tamen ſi præſcivisſet donator ingratum fore donatarium, abſtinuiſſet dubio procul à beneficio: & hinc ortum jus revocandi, de quo ſub finem hujus §.

Perficiantur autem, cum donator voluntatem
1 *ſuam*] Poterat hæc res pleniùs & planiùs proponi; & poterat æquè paucis verbis. Ait donationem inter vivos perfici, quum donator voluntatem ſuam declaravit: addendum fuerat, & donatarius eam voluntatem gratam ac ratam habuit. Neque enim donatio eſt ſine acceptione, *l. abſenti* 10. *hoc tit. l. hoc jure* 19. §. 2. *eod.* quippe datio acceptione confirmatur: nec poteſt videri datum, quod non eſt acceptum. Et rectè in illum locum Comici; *Dos eſt decem talenta, Accipio*, vetus interpres, *Niſi, inquit, dixiſſes, accipio, dos non eſſet.* Perficitur donatio ex conſtitutione Juſtiniani ſolo conſenſu, ut emptio & venditio: non eſt igitur perfecta habenda, antequàm eam gratam habuerit donatarius, excepto caſu comprehenſo *l. 15. C. de ſacroſ. Eccleſ.* favore Eccleſiæ. Denique in omni conventione conſenſum mutuum intervenire oportet. Sed & perfectio, de qua hic agitur, primus tantùm gradus perfectionis eſt; unde donatario acquiritur obligatio & actio, non rei donatæ dominium. Etenim verè & plenè demum perficitur & conſummatur donatio doni & promiſſi præſtatione. Eodem modo emptio venditio perfici dicitur, ſimul atque de pretio inter emptorem & venditorem convenerit, §. 3. *inf. de empt. & vend.* At conſtat, eam non ante pro conſummata haberi, quàm res tradita & pretium ſolutum ſit. Videtur autem Juſtinianus hoc loco id tantùm indicare voluiſſe, quod ipſe conſtituit, ex nudo pacto donationis obligationem introducens, *l. ſi quis argentum* 35. *C. hoc tit.* contra regulam generalem juris antiqui, *l. juriſgentium*, §. *ſed cum nulla* 4. *de pact.* Sic eſt, perficitur donatio aut traditione & præſtatione rei donatæ, quæ vera perfectio eſt. Imò non priùs propriè dicitur eſſe donatio, quàm res, quæ donatur, detur ac tradatur. Nam ut oſtendimus *ad rubr.* donatio propriè ipſam translationem rei ſignificat: & poteſt etiam incipere ſtatim à traditione, & perfici citra conventionem præcedentem. Aut conventione, qua hactenus perfici dicitur, quatenus ea donatorem adſtringit neceſſitate traditionis, donatoriaque in eam rem comparata eſt in perſonam actio. Conventio hujus generis una: tantùm olim fuit ſtipulatio. Juſtinianus autem eādem vim tribuit
etiam pactioni nudæ, *d. l. ſi quis* 35. §. *ſed ſiquidem* 5. *C. hoc tit.* unde pactum donationis hodie 2
pactum eſt legitimum, *arg. l. 6. de pact. & ibi Cujac.* Neque tamen ex quovis pacto donationis cauſa interpoſito obligationem naſci voluit Juſtinianus; ſed ex eo tantùm, quo quis in præſentia ſe donare dicit, verbis in præſens, non in futurum conceptis: veluti ſi quis dicat, *dono tibi centum aureos*. Hæc enim verba occurrunt in *d. l. 35. ſi donaverit, ſi donationem faciat, fecerit ve, ut tradat quod donaverit.* Quòd ſi quis donaturum ſe pacto promittat, manebit etiamnum jus antiquum, nec ex tali nudo pacto obligabitur. Per *l. præcipimus* 22. *in fin. C. de appell. l. ſancimus* 27. *C. de teſtam. add. Parlador.* 2. *rer. quotid.* 3. *nu.* 9. *D. Tulden. hic c.* 2. Perſpicuè autem errant Contius *lib. 1. diſp.* 12. *Gudelin. lib. 2. de jur. noviſſ. c.* 3. dum exiſtimant, quod Juſtinianus conſtituit, donationē etiam nudo conſenſu perfici, hoc non tantùm eò pertinere, ut donator, qui nondum tradiderit, neceſſe habeat tradere, ſed ut eo nomine etiam donatario competat actio in rem, quaſi ſimplici pa-
cto dominium ei quæſitum ſit. Non enim majo- 3
rem vim Juſtinianus tribuit, neque tribuere debuit pacto, quàm ſtipulationi. At ſi ſtipulatio intervenerit, veterum actionem ex ſtipulatu relinquit: quæ utique cùm in perſonam ſit, arguit, dominium non eſſe translatum. Si omiſſa ſit ſtipulatio, condictionem dat ex le-

ge, d.

gr, *d. loco*, & apertiùs *Nov. 162. cap. 2.* Atqui nulla quoque condictio, quæ non ſit actio in perſonam, §. *appellamus*, *inſ. de act.* Denique ipſe ſupra §. *per traditionem 4. de rer. div.* nominatim in propoſita ſpecie confirmat regulam traditam *leg. traditionibus 20. Cod. de pact. Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferri.*

Ad exemplum venditionis.] Quemadmodum emptio-venditio perficitur ſimul atque de re & pretio convenit, atque ex ea conventione ſtatim emptori acquiritur actio ex empto, qua venditorem compellere poteſt ad rem tradendam: *inſr. de empt. & vend. in pr. & §. 3.* ita ex conſtitutione Juſtiniani, ſimul ac donator ſive ſcriptura, ſive verbis quibuſvis idoneis ſe quid donare declaraverit, etiamſi nulla intervenerit ſtipulatio, acceptante donatario, donatio perfecta & efficax habetur, daturque donatario condictio ex lege, qua conventus donator rem tradere cogatur. Porrò an ſicut emptio-venditio, ita etiam pactum donationis, ſit contractus: item an ut donator, ita quoque & venditor, rem præcisè tradere teneatur, an liberetur præſtatione ejus, quod intereſt, inquirere non eſt hujus loci. Illud conſtat, non eaſdem eſſe præſtationes donatoris & venditoris, donatorem ad dandum, venditorem ſimpliciter ad tradendum teneri: donatorem in quantum facere poteſt; venditorem in ſolidum condemnari: hunc teneri nomine evictionis, illum non item, *l. 18. §. ult. hoc tit.* Neque tamen ideò malè donatio & venditio inter ſe, ut ſimilia, comparantur. Nam in omni ſimilitudine inſpiciendus eſt principalis ſcopus atque intentio ejus, qui ea utitur; cui ſcopo ſi ſerviat, cætera ſimilia ſint, an diſſimilia, parum refert.

Inſinuari actis intervenientibus volebant, &c.] Lex civilis neminem donare aut liberalem eſſe vetat: cæterum proſpexit, ne cujuslibet ſummæ aut quantitatis donatio ſtatim rata eſſet. Et rectè: expedit enim reipubl. ne quis temerè patrimonium ſuum effuſis largitionibus exhauriat. Hoc enim eſt re ſua male uti, eamque perdere. Modū donationibus primum impoſuit lex Cincia, qua cautum Ulpianus *tit. 1.* ſcribit, ne ſupra certam quantitatem, quam tamen non exprimit, donare liceret, extra quam ſi conjunctis perſonis donaretur. Quod jus uſque ad Conſtantini tempora duraviſſe videtur, per *l. 3. C. Theod. hoc tit.* Unde exiſtimare licet, quantitem lege Cincia definitam fuiſſe ducentorum aureorum: & donationem, quæ eam quantitatem excederit, actis fuiſſe inſinuandam, hoc eſt, conſignandam litteris publicis; quod Conſtantinus etiam cuſtodiri voluit inter neceſſarias conjunctaſque perſonas, *l. 5. C. Theod. l. data 27. C. hoc tit.* Juſtinianus autem quantitatem auxit, primùm ad trecentos, *l. ſancimus 34. C. eod.* deinde ad quingentos ſolidos *l. pen. §. ult. C. eod.* atque ad hanc uſque quantitatem liberam donandi facultatem unicuique permiſit, etiam ſine donationis inſinuatione. Si verò hanc ſummam donatio ſuperaret, non aliter ratam eam eſſe voluit, quàm ſi in acta publica relata eſſet. Neque tamen in totum irritam eſſe juſſit donationem, quæ ſummam definitam excedens actis incerta non eſſet, ſed tantummodò quatenus terminos legis excederet, *d. l. ſancimus Cod. hoc tit. Nov. 162. cap. 1. §. ult.* Atque ita in plerisque locis etiamnum utimur. *Gomez. 2. reſol. cap. 4. Perez C. h. t. num. 35. Sande lib. 5. tit. 1. defin. 3.*

Uſque ad quingentos ſolidos] Quæ ſumma noſtra moneta efficere creditur 2500. Caroleos. Taxatur enim ſolidus, qui & aureus, (ut patet ex innumeris locis, & collatione ſequentium, *l. 5. §. prætor ait 6. de his, qui eff. vel dejec. cum §. 1. inſ. de obliquæ. qua ex del. item l. pen. & ult. de in jus voc. cum §. ult. in fin. inſ. de pæn. tem. lit. item l. 8. in fin. & l. 9. de inoff. cum leg. cum ex falſis 47. de man. teſt.*) centum ſeſtertiis, ſive quinis Caroleis, aut duobus ſcutatis ſive coronatis. *Grot. ſparſ. flor.* Quamquam non idem perpetuò pondus, nec conſtans ſolidi æſtimatio fuit. Qua de re conſulendi Budæus *de aſſ. l. 3. & 5. Hotom. de re. numm. cap. de numm. aur. Covar. de collat. vet. numiſm. cap. 3.* Dictus verò eſt ſolidus, non quia ex puro & ſolido aureo erat; ſed quia nummus erat integer, & ad differentiam ſemiſſium & tremiſſium, qui valebant dimidiam & tertiam ſolidi ſive aurei partem.

Quæ inſinuationem minimè deſiderant] Harum numero ſunt donationes principales, quas ſcili- 4
cet vel Princeps facit, vel quæ Principi fiunt, *l. ſancimus 34. Cod. hoc tit.* Item donatio propter nuptias *Nov. 119.* ubi in vulgari verſione nomen ſponſalitiæ largitatis ſumptum pro donatione propter nuptias: nam in Græco eſt, [illegible], &c. Poſteà diſtinctio aliqua adhibita, *Nov. 127. §. 2. auth. eo decurſum. Cod. de don. ant. nupt.* Præterea ſi quid pro redemptione captivorum, pro reſtitutione ædium incendio aut ruina conſumptarum, aut ſi quid fortiſſimis militibus donatum ſit à militum magiſtris, quantumcumque ſit pretii, quod donatum eſt, valet donatio, etiamſi actorum auctoritate non nitatur, *l. pen. in pr. §. 1. & 2. Cod. eod.* De donationibus, quæ ad pietatem reſpiciunt, dubitandum eſt, aliquone privilegio hodie uti debeant, an jure communi cæterarum donationum cenſeri. Ratio dubitandi, quia cùm adhuc cæteræ donationes, quæ trecentos ſolidos ſuperarent, inſinuationem deſiderabant; in pias cauſas collatæ uſque ad ſummam quingentorum ſolidorum ſtabant etiā ſine inſinuatione, *dict. l. 34. §. 1.* Unde dicendum videtur, poſtquàm conſtitutum eſt, ut quævis donatio uſque ad 500. ſolidos etiam ſine monimentis valida ſit, *d. l. pen. in fin.* privilegium, quod donationes in pias cauſas factæ habuerunt, proportionaliter producendum eſſe, atque hujus generis donationes etiam ſine fide monumentorum ſubſiſtere debere minimum uſque ad ſolidos ſeptingentos. Communis tamen DD. in *l. illud 19. C. de ſacroſ. Eccleſ. & d. l. 34. hoc tit.* ſen-

tentia eſt, donationum ad pias cauſas nullum amplius eſſe privilegium, ſed in his idem, quod in cæteris obſervandum, ut ſi 500. ſolidos excedant, actis eas inſinuare neceſſe ſit, propterea quòd Juſtinianus privilegium piæ cauſæ expreſsè non auxit, imò potiùs ſuſtuliſſe videtur, *d. l. pen.* cum ſancit, ut id, quod antea jus ſingulare erat piæ cauſæ, jus commune eſſet omnium donationum, quæ non ſimpliciter à neceſſitate inſinuationis exemptæ ſunt.

5 *Alia inſuper multa ad uberiorem exitum donationum*] Huc refero, quod Juſtinianus conſtituit, ut majoris ſummæ donationes, quæ actis inſcriptæ non ſunt, non omnino, ſed tantùm quatenùs legitimam ſummam excedunt, vitientur, *d. l. 34. §. 1. C. hoc tit.* Item ut plurium donationum ejuſdem, ſed diverſis temporibus factarum ſummæ non ſimul æſtimentur, ſed cujuſque donationis ſeparatim & diſtinctè; utque idem fiat, cum annua quantitas donatur ad tempus vitæ donantis aut donatarii, *d. l. 34. §. pen. & ult.* Poſtremò quod rejici juſſit verba, quæ in donationibus poni ſolita erant, *ſeſtertii*, *nummi unius*, *aſſium quatuor*, &c. *l. ult. C. eod.* nam antea etiam in donationibus adhibenda erat imaginaria venditio, ſeu mancipatio, quoties ſcilicet res, quæ donabantur, erant mancipi: alioqui earum rerum dominium ex jure Quiritium in accipientem non transferebatur. Quam ob cauſam qui volebat donare, cogebatur ſimulare venditionem, & dicis cauſa unum nummum accipere, *adi Cont. 1. diſp. 16.*

Si tamen ingrati] Simplex & mera donatio temerè, ut ſupra dictum eſt, revocari non poteſt: non ſola pœnitentia, ut donatio mortis cauſa: ac ne ob quamlibet quidem ingratitudinem donatarii. Cæterum ſi inſignis ſit illius ingratitudo, & talis, quæ ſceleri affinis ſit aut conjuncta, etiam hujuſmodi donationem revocare meritò & tanquam ab indigno auferre conceſſum eſt, *l. ult. C. de revoc. don.* Poteritque eo nomine vel judicis implorari officium, vel agi condictione ex *d. l. ult.*

6 *Donatoribus licentiam præſtitimus*] Donatoribus ſolis, non etiam hæredibus eorum, *l. his ſolis 7. d. l. ult. C. de rev. don.* quippe actio, quæ adversùs ingratos datur ad revocandam donationem, vindictæ cujuſdam & ultionis injuriæ effectum habet, & ideo perſonalis eſt, atque actioni injuriarum in hoc ſimilis, quam conſtat hæredi ejus, qui injuriam paſſus eſt, non dari, *d. l. 7. junct. §. 1. inſ. de perp. & temp. act.* Nec in hæredes igitur ingrati danda erit, nec ſi ipſi ingrati, non donatarius, exstiterit, *arg. dd. ll.* Quinimò nec videtur rectè poſſe objici ingratitudo ſucceſſori ejus, cui donatum eſt: longèque alia eſt ratio feudi, quod non tantùm primum inveſtitum, verùm etiam ſucceſſores ejus ad certa officia præſtanda obligat.

Ex certis cauſis]. Quæ numero quinque exprimuntur, *d. l. ult.* & nimirum hæ: ſi donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; ſi illi impias intulerit manus: ſi vitæ ejus inſidietur; ſi grandem jacturæ molem ſubſtantiæ & bonis donatoris ingeſſerit; ſi conventiones donationi appoſitas implere nolit. Enim verò licèt plures cauſas non enumeret Juſtinianus, atque ob eas tantummodò, quas exprimit, revocationem donationis permittat: aſſentior tamen communi DD. ſententiæ, qui negant, ſimiles & majores cauſas ob id excludi oportere; uti rectè iidem etiam admittunt cauſas alias exhæredationis præter eas, quæ enumerantur *Nov. 115. cap. 3.* de quo uberiùs *inf. de inoff. teſtam.* eoque jure utimur, *Grot. 3. introd. c. 2.* Additur à DD. & alia cauſa revocandæ donationis, ſi ſcilicet donator poſt factam donationem liberos ſuſceperit, *per l. ſi unquam 8. Cod. d. tit.* Tametſi enim ea lex tantùm loquatur de patrono & libertis, quorum 7 propria & diverſa prorſus in pleriſque rebus ratio eſt, atque aliorum extraneorum; putant tamen, quorumcunque donationes eodem iſto jure cenſendas, ut inſperato ſuccedens filiorum ſoboles irritam faciat donationem. Utuntur autem hoc argumento, quòd donatio facta ab eo, qui liberos non habet, videatur in ſe continere tacitam conditionem, ſi liberi ipſi poſtea nati non fuerint, de quibus ſi cogitaſſet, donaturus fuiſſe credi non debeat; cùm nemo præſumatur ſucceſſiones alienas propriis anteponere, per *l. cum avus 102. de cond. & dem. l. cum acutiſſimi 3. Cod. de fides comm.* Ego verò, etſi hæc ſententia colorem aliquem humanitatis habere videtur, auſim affirmare, eam mente Conſtantini, cujus eſt *d. l. ſi unquam*, minimè fuiſſe. Cur enim de patrono tantùm locutus eſſet? An quia ex facto inciderat, ut de donatione à patrono facta quæreretur? Atqui generalis eſt conſtitutio ad præfectum prætorio, non ad patronum aliquem aut certam facti ſpeciem directa. Quoties autem lex de certis perſonis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum eſt, legem ad alias perſonas non pertinere, *l. ſi verò 64. §. pen. ſol. matr. l. quod conſtitutum 21. de teſt. mil.* Eſt verò etiam jus illud novum, conſtitutum contra manifeſtam rationem juris communis *l. 5. Cod. de obl. & act. cum ſimilib.* ut interpretis non ſit, ad alios caſus & donatores extraneos id producere, *l. quod verò 14. de legib.* ideoque nec à Græcis extenditur, *Baſil. 47. tit. 2. Horman. 3. tit. 2.* nec aliter *l. 3. C. Theod. de revoc. donat.* quæ eadem eſt cum *d. l. 6.* interpretatus eſt Anianus, qui Alarici Regis tempore floruit, multis annis ante Juſtinianum. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos donatori poſtea natos loquatur; ac ne apud Juſtinianum quidem, qui cùm liberorũ jura ubique non ſervaverit modò, verùm etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem feciſſet; certè ubi ex profeſſo recenſet cauſas revocandæ donationis, ſi hanc etiam pro cauſa generali haberi voluiſſet, omiſſurus non fuerat. Canones etiam contrarium oſtendunt, *c. ult. c. 17. q. 4.* ubi Auguſtinus, laudans factum

S. Au-

Digitized by Google

S. Aurelii Epiſcopi Carthaginenſis, quod reddidiſſet donatori ob liberos ei natos, quæ ille Eccleſiæ donaverat. *In poteſtate*, inquit, *habebat Epiſcopus non reddere, ſed jure fori, non jure poli.* Perperam autem ad præſentem caſum trahitur ſpecies *dict. l. cum avus 120. de cond. & dem. dict. l. cum acutiſſimi 30. Cod. de fideic.* Nam eadem ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda eſſet ei, qui cùm fortè unum filium haberet, donavit, & poſteà plures ſuſcepit: neque quod revocatur, liberis acquiritur, ſed pleno jure ad patrem revertitur, ut jam is iterum liberum de eo diſponendi arbitrium habeat. Quid quod amiſſa ex cauſa ſupervenientium liberorum revocatione donationis in quoſvis etiam extraneos factæ, nemo niſi liberis carens plenè, & purè donare intelligeretur? nam & ubi partis alicujus bonorum donatio facta eſt, conſtitutio locum habet: de quo opulentiùs nos *lib. 2. ſel. quæſt. c. 32.* Procul dubio igitur de jure verior eſt ſententia plerorumque Neotericorum, *Connani lib. 5. comm. 10. Don. ad dict. l. ſi unquam, Ant. Fab. 7. conject. 14. & 15. Bachovii in Treutl. diſp. de donat.* aſſerentium, in ſolis patronis hanc revocandæ donationis ſpeciem à Conſtantino introductam atque approbatam eſſe: quamquam contraria ſententia communis eſt, & in praxi obtinet, ut inter alios teſtatur Tiraquell. *in dict. l. ſi unquam Mynſign. 5. obſ. 83.* & ſecundùm hanc judicatum à ſenatu Pariſienſi, *Papon. lib. 11. ſyntagm. titul. 1. de donat. §. 20. add. Chryſtin. volum. 1. dec. 340. & volum. 4. deciſ. 192. cum allegat. Grot. lib. 3. introd. cap. 2.*

TEXTUS.

De donatione ante nuptias vel propter nuptias.

3. *Eſt & aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, poſtea autem à junioribus divis Principibus introductum eſt, quod ante nuptias vocabatur, & tacitam in ſe conditionem habebat, ut tunc ratum eſſet, cum matrimonium eſſet inſecutum. Ideòque ante nuptias vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur: & numquam poſt nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Juſtinus pater noſter, cum augeri dotes & poſt nuptias fuerat permiſſum, ſi quid tale eveniret, & ante nuptias augeri donationem, & conſtante matrimonio, ſua conſtitutione permiſit: ſed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, poſt nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos pleniſſimo fini tradere ſanctiones cupientes, & conſequentia nomina rebus eſſe ſtudentes, conſtituimus, ut tales donationes non augeantur tantùm, ſed etiam conſtante matrimonio initium accipiant: & non ante nuptias ſed propter nuptias vocentur: & dotibus in hoc exequentur, ut quemadmodum dotes conſtante matrimonio non ſolùm augentur, ſed etiam fiunt; ita & iſtæ donationes, quæ propter nuptias introductæ ſunt, non ſolùm antecedant matrimonium, ſed eo etiam contracto augeantur, & conſtituantur.*

NOTÆ.

3. *Aliud genus*] Sed donationis impropriæ, Donatio propter nuptias eſt veluti contraria dos mariti: hoſtimentum ἀντιτίμημα, dotis uxoriæ: unde & ἀντιφέρνη, *leg. ultim. Cod. de donat. ant. nupt.*

Et conſtante matr.m.] Dum ne propter nuptias donatio excedat quantitatem dotis, ne fraus fiat juri publico, quo donatio inter conjuges prohibetur, *l. 1. & tot. tit. D. de don. int. vir & ux. & C. eod.* Etat Juſtiniani conſtitutio *in l. pen. C. de don. ant. nupt.*

Nomen inconveniens] Quia propter conſtante matrimonio augeri, & conſtitui poteſt.

Conſtituimus] *L. ult. C. eod.* alia extat Nov. 97. ubi etiam præcipit, ut donatio propter nuptias doti omninò reſpondeat, tum in quantitate, tum in pactis.

COMMENTARIUS.

1 *Donationes, quæ inter ſponſum, & ſponſam fiunt, ſenſim ita formatas, ut veræ donationes, & juris gentium eſſe deſierint.*
2 *Quid primùm circa has donationes à Conſtantino conſtitutum.*
3 *Quid procedente tempore ab aliis, & num. 5.*
4 *Rei propter nuptias donatæ dominium revera in uxorem non tranſire.*
6 *Conſtitutionem Juſtin. de æqualitate dotis, & donat. nupt. publica conſuetudine repudiatam.*
7 *In Belgio propriè neque donationum propter nuptias, neque dotis uſum eſſe.*

DOs & donatio propter nuptias genera ſunt impropriæ donationis inter vivos. Dotem ab ãtiquis inter donationes numeratam, teſtis eſt ipſe Juſtin. *l. ult. C. de don. ant. nupt.* ut mirum ſit, in nihil de ea hoc loco tradi. Eſt autem dos donatio nomine uxoris in maritum collata ad onera matrimonii ſuſtinenda, *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot.* Donatio propter nuptias vice verſa eſt, quæ à parte mariti in uxorem, vel ſponſi in ſpõſam confertur in ſecuritatem dotis, & quaſi remunerandæ dotis cauſa: unde quæ ita donantur à Græcis ἀντίφερνα dicta ſunt, hoc eſt, quæ vice mutua pro dote dantur, *d. l. ult. in pr.* Et igitur donatio propter nuptias veluti contraria dos mariti, hoſtimentum, ἀντιτίμημα dotis uxoriæ ἴδιον *in Baſilic.* Hujus donationis origo, & incrementum oſtenditur.

Digitized by Google

Quod veteribus prudentibus penitus erat incognitum] Veteribus incognitæ non fuere donatio-
1 nes ante nuptias, hoc eſt, quæ inter ſponſum & ſponſam liberalitatis, & amoris gratia fieri ſolent, & juris gentium ſunt: ſed talis ſpecies donationis ante nuptias, qualis tempore Juſtiniani frequentabatur, veteribus incognita fuit: utpotè quæ demum poſt translationem Imperii in Orientem excogitata eſt, ſenſimque ita formata, ut vera donatio, & juris gentium eſſe deſierit, factaque ſit ſpecies donationis impropriæ, & quæ omninò ſit juris civilis. Sciendum enim eſt, prioribus temporibus donationes ſponſalitias, hoc eſt, quæ à ſponſo in ſponſam conferebantur, vel contra à ſponſa in ſponſum, (nam & hoc aliquando fiebat, *leg. 1. §. 1. D. hoc tit. l. 12. leg. 16. C. de don. ant. nupt.*) habitas fuiſſe, non tanquam nuptiarum cauſa, ſed perindè ac ſi purè, atque abſolutè factæ fuiſſent, eamdemque earum fuiſſe vim, quam habent donationes cæteræ, quæ ex mera liberalitate fiunt, nullo, ſcilicet, ut caſu ad donatorem reverterentur, *d. l. 1. §. 1. l. 8. cum aliquot ſeqq. C. d. tit.* Itaque ne eo quidem caſu revocare hujuſmodi donationem licebat, quo nuptiæ ſecutæ non eſſent, *d. l. 1. §. 1. l. 12. Cod. d. tit.* niſi ea lege nominatim facta eſſet donatio, aut id actum evidenter appareret, ut nu-
2 ptiis non ſecutis res donatæ redderentur. Poſteà ex conſtitutione Conſtantini hoc jure uti cœperunt, ut donatio omnis inter ſponſum, & ſponſam facta intelligeretur tacitam in ſe habere conditionem futurarum nuptiarum, *l. cum veterum 15. C. eod. tit.* Et optima ſanè ratione: nam donatio ſponſi in ſponſam meritò præſumitur proficiſci à ſingulari affectione, qua ſponſam, ut futuram uxorem, complectitur, ſine ſpe nuptiarum haud facilè donaturus. Non eſt autem hac Conſtantini conſtitutione effectum, ut donatio interim in ſuſpenſo ſit, donec nuptiæ ſecutæ fuerint: ita enim futurum eſſet, ut in eum caſum incideret, à quo non poſſet incipere, nimirum in donationem inter virum & uxorem *l. 4. C. eod.* quæ jure civili ſemper prohibita fuit: ſed ut non ſecutis nuptiis reſolvatur, uti antea fiebat, cùm id expreſsè cautum fuerit, *dict. l. 1. §. 1. hoc tit.* Cæterum non in omnem eventum, quo nuptiæ ſecutæ non fuerant, repetitionem donati Conſtantinus conceſſit: ſed ita diſtinxit, ut ſi per eum eamve, qui quæve donationem accepit, ſteterit, quo minùs nuptiæ ſequerentur, donatori aut donatrici conditio daretur ob cauſam dati cauſa non ſecuta: ſin verò per donantem factum eſſet, non ſolùm donati eſſet retentio, verùm etiam exactio, *dict. l. 15.* Quòd ſi mors alterutrius ſpem nuptiarum ſuſtuliſſet, tunc ſi quidem ſponſa donaſſet, omnimodò & integri, quod donatum erat, repetitio foret, ſive oſculum interveniſſet, ſive non: at ſi ſponſus; tunc non aliter ipſi, aut hæredibus ejus jus eſſet repetendi totius, quod donatum eſſet, quàm ſi oſculum non interceſſiſſet: interveniente verò oſculo, partem tantùm dimidiam repetere liceret, *l. ſi à ſponſo 16. Cod. eod.* quaſi oſculi jure augeatur jus ſponſalium, & qui oſculum accepit, quaſi maritus ſit, aut certè plus, quàm ſponſus: non enim ſatis eſt *maritum oſculo putari*, ut ait Fabius *declam. 279.* Porrò nuptiis ſecutis nulla donati repetitio, ſed res pleno jure atque irrevocabiliter ejus, cui donata erat, facta intelligebatur. Succeſſit tandem donatio ante nuptias, de qua hic agitur, & quam Juſtinianus propter nuptias vocari voluit. Hæc ſit à ſolo
ſponſo, & vi atque effectu multum à præceden- 3
tibus differt. Nam primùm doti, cujus remuneratio quædam cenſetur, in hoc ſimilis eſt, quòd quemadmodum uxor ſoluto matrimonio dotem recipit, *l. 2. ſol. matr.* ita & vir donationem propter nuptias, *c. ult. x. de don. inter vir. & ux.* Deinde nec revera ex hac donatione dominium rei donatæ tranſit in uxorem: ſed alia jura conſequitur; veluti juris ſpecialis hypothecæ: nam res donatæ propter nuptias pro ſecuritate dotis mulieri ſpeciatim obligatæ eſſe intelliguntur, *leg. ubi adhuc 29. C. de jur. dot. Nov. 61. c. 1.* & hic præcipuus hujus donationis finis eſt, ut dos mulieri ſit cautior: unde rectè D. Vveſemb. notat, res propter nuptias donatas potiùs hypothecæ ſubjici videri, quàm verè alienari. Item hoc, ut viro temerè divortium faciente donatio hæc, aut tota aut pro parte lucro uxoris cedat: in quo doti quoque reſpondet, nam mulier ſine juſta cauſa divertens, & ipſa amiſſione dotis plectitur *l. conſenſu §. hæc mihi C. de rep.* Noviſſimè etiam hoc conſtitutum, ut quibus caſibus maritus ex pacto dotem, vel partem ejus lucratur, iiſdem & uxor lucretur donationem propter nuptias partemve ejus, *d. Nov. 61. c. 1. Nov. 91. c. 2. Nov. 97. c. 1.* Doctores vulgò etiam dominium rerum propter nuptias donatarum uxori acquiri affirmant, quos ſequuntur Schneid. *hic nu. 5. & Gudel. 1. de jur. noviſ. 8. arg. d. leg. 29. Cod. de jur. dot. d. Nov. 97. c. 1. d. Nov 61. c. 1. verſ. non enim.* Sed ſi mu- 4
lier harum rerū domina efficitur, prorsùs abſurdè facit Juſtinianus, quòd jus pignoris mulieri in his conſtituit: item quòd nominatim marito interdicit harum rerum alienationem, & oppignerationem *Nov. 61.* nam nec pignus quiſquam habere poteſt in re propria, nec rem alienam alienare, aut pignori obligare. Ratio quoque non patitur, ut hic idem de donatione propter nuptias, quod de dote, ſtatuamus: neque enim neceſſe eſt, ut quemadmodum res in dotem datæ marito traduntur, ita & poſſeſſio rei propter nuptias donatæ transferatur in uxorem. Quod vel ex eo liquet, quòd fructus ex re donata conſtante matrimonio percepti non uxori, ſed marito acquirantur, ut rectè tradunt *Scheneid. num. 4. Gomez in l. Tauri 50. & 3. ſeqq. num. 11. Duar. tit. ſol. matr. C. de don. propt. nupt. arg. in d. l. 29. C. de jur. dot.* Nam ſi hos fructus mulierem ſequi volumus, futurum eſt, ut maritus, qui ſolus onera matrimonii ſuſtinet, careat omni modo dotis, maximè poſtquàm placuit, ut donatio propter nuptias doti & in quantitate, & in pactis reſpon-

ſpondeat, *Nov.* 97. Planè Juſtinianus non putavit reprehendendos judices, qui pro his rebus donatis mulieri aliquando accommodaverant actionem in rem poſt ſolutum matrimonium, *Nov.* 61. §. 1. ſed locus ipſe oſtendit eos hoc non feciſſe ex ratione juris, neque directam in rem dediſſe, ſed utilem, quæ aliquando etiam non dominis ex æquitate conceditur. Ita fermè & *D. Bachov. hic.*

A junioribus divis Principibus] Tempore Conſtantini, hoc genus donationis ante nuptias adhuc incognitum erat; quippè qui hoc tantùm introduxit, ut donatio ante nuptias, quæ antea pura habebatur donatio, tacitam haberet conditionem, ſi nuptiæ ſequerentur, *l.* 15. *C. de don. ant. nupt.* Secutis autem nuptiis, adhuc pleniſſimo jure quod donatum erat, manebat conjugis, qui accepiſſet: nec à ſponſo ſolùm, verùm etiam à ſponſa Conſtantiniana ante nuptias donatio fiebat, *l.* 16. *C. eod.* Poſtea placuit, ut ad donatorem ſoluto matrimonio revertatur, *l. ult. c. eod.* At donatio de qua hic agitur, à ſolo ſponſo fit, nec ita unquam, ut ſponſæ aut uxori pleno ac perpetuo jure res donata acquiratur: alioqui non rectè Juſtinus permiſiſſet, ut conſtante matrimonio augeretur; quoniam tali augmento incidiſſet in donationem inter virum & uxorem. Intelligit igitur haud dubiè Imperator principes Conſtantino juniores, qui pro vetere ante nuptias donatione penitus novam hanc ſubſtituerunt, quæ à ſolo ſponſo vel viro fit propter dotem, & in dotis ſecuritatem; & quæ non ſolùm nuptiis non ſecutis, nullius momenti eſt, ſed nuptiis etiam ſecutis & poſtea diſtractis reſolvitur, re donata ad virum redeunte, vel potiùs apud eum remanente, quia, ut modò probavimus, mulier per hanc donationem, nec propriè nec verè domina conſtituitur. A quibus autem introducta aut quo tempore primùm recepta ſit, incertum eſt. Illud patet, ſub Theodoſio juniore & Valentiniano III. jam receptam fuiſſe, *l. conſenſu* 8. §. *hæc niſi* 4. *de repud.*

Primus divus Juſtinus pater noſter] Initio donationes ante nuptias poſt contractum matrimonium nec incohari nec augeri poterant. Primus Juſtinus, quem hic patrem ſuum Juſtinianus appellat, ut & *inf.* §. *quib. non eſt perm. fac. teſt.* quoniam ab illo avunculo ſuo adoptatus fuit, permiſit, ut aucta poſtmodum dote tunc etiam augeri poſſet præcedens ante nuptias donatio, *l. ſi conſtante* 19. *C. de don. ant. nupt.* Juſtinianus autem etiam inchoari hujuſmodi donationes poſt nuptias permiſit, *l. ult. C. eod.* Cæterum hæc ita, ut ſi poſt contractas nuptias fierent vel augerentur, dotis quantitatem minimè excederent, ne fraus fieret Senatuſconſulto, quo inter virum & uxorem donatio prohibetur.

Sed etiam conſtante matrimonio initium accipiant] Hoc à Juſtiniano conſtitutum *d. l. ult. in pr. verſ. ſimplices.* Adhuc donatio ante nuptias arbi-
5 traria erat, quamvis dos data eſſet: poteratque aut nulla conſtitui, aut dote minor, majorve etiã ſi ante nuptias fieret: nec ulla requirebatur aut in partibus lucri, aut in quantitate, quæ utrinque conferebatur, æqualitas. Tantùm pacta, quæ inter virum & uxorem fierent, de lucranda dote aut rebus propter nuptias donatis ad partium æqualitatem redigi cœperant. Sic enim à Leone conſtitutum erat, ut quantam partem ſtipulata fuerat mulier ſibi lucro cedere ex ante nuptias
donatione poſt mortem mariti, tantam maritus 6
ex dote ſibi ſtipularetur ab uxore, *l. ex morte* 9. *C. de pact. conv. tam. ſup. dot.* Cui Juſtinianus addiderat, ſi pacta lucrorum paria non eſſe contingeret, ut major lucri pars ad minorem reduceretur, *l.* 10. *d. tit. d. l. ult. verſ. ſimplices*, quæ confirmantur adhuc, *Nov.* 22. Tandem Juſtinianus, *Nov.* 97. unde ſumpta *auth. æqualitas. C. de pact. conv. tam. ſup. dot.* ſtatuit, ut non partium ſolùm æqualitas eſſet, verùm etiam quantitatum, atque omnimodò & in pactis ſtipulationibuſque, & in ipſa etiam præſtatione aut permiſſione, tam dotis quàm donationis ante nuptias æqualitas ſervaretur; utque dote vel donatione propter nuptias aucta vel deminuta, ad parem quantitatem altera vel augeretur, vel minueretur: ex quo ampliùs liberum non fuit donare vel non donare, aut minus dote donare. Cæterum hanc conſtitutionem cum ſua exæquatione & donandi neceſſitate jam pridem repudiavit publica conſuetudo, ut notant *Accur. d. auth. æqualitas. Bald. Salic. in ſumma d. l. ex morte Scheneid. hic n.* 4. *Gail.* 1. *obſ.* 36. *n.* 10. Quin etiam *Cujac.* 5. *obſ.* 4. refert donationes propter nuptias penitus ex uſu ſublatas eſſe. Sanè in Belgio propriè neque donationum propter nuptias, neque dotium uſus eſt; quamquam bona, quæ mulier in matrimonium confert, dotem adhuc appellamus.
Doarium autem ſive dotalitium, quod moribus 7
receptum, mera donatio eſt, quam mortuo marito uxor percipit & lucratur: & ideò conſtante matrimonio neque conſtitui neque augeri poteſt, ſed pactis antenuptialibus dumtaxat. Conſulantur ſuper hac re *D. Neoſtad. de pact. ante. nupt. Joan. à Sande lib.* 2. *tit.* 4. *ferè tot. Grot. lib.* 1. *manuduct. ad Bat. juriſp. c.* 5. *& li.* 2. *c.* 11. *cum* 2. *ſeqq. Pet. Greg. ſintagm.* 11. *c.* 4. *Gudelin. lib.* 1. *de jure noviſſ. c.* 8. de jure mariti in bonis uxoris & ſocietate conjugali idem *d. lib.* 1. *c.* 7. de jure ſuperſtitis conjugis & lucris nuptialibus idem *d. lib. c.* 11. *l. add. D. Lamb. Goris adverſ. jur. tract.* 1. *ferè per tot.* Quibuſdam in locis certæ partis bonorum mariti uſus fructus pro donatio uxori aſſignatur legibus municipalibus, vel. *Chriſtin. vol. deciſ.* 73. 237. 273. *& illic citat.*

Sed propter nuptias vocentur] Juſtinianus donationem ante nuptias appellari voluit donationẽ propter nuptias: quoniam & augeri eam & fieri etiam poſt nuptias permiſſum ſit, *l. ult. C. de don. ant. nupt.* quod non eſt magni momenti: & verus nomen Rubricæ Codicis retinuit. Rectiùs appellaretur donatio propter dotem, quod reſpondet vocabulo, quo Græci utuntur, quibus dicitur ἀντίφερνα. Cæteroquin & dos propter nuptias donatio eſt, *d. l. ult.*

Digitized by Google

TEXTUS.

De jure accreſcendi.

4. *Erat olim & alius modus civilis acquiſitionis jus accreſcendi, quod eſt tale: Si communem ſervum habens aliquis cum Titio, ſolus libertatem ei impoſuerit, vel vindicta, vel teſtamento, eo caſu pars ejus amittebatur, & ſocio accreſcebat. Sed cum peſſimum fuerat, exemplo, & libertate ſervum defraudari, & ex eo humanioribus quidem dominis damnum inferri, ſeverioribus autem dominis lucrum accedere, hoc quaſi invidiæ plenum pio remedio per noſtram conſtitutionem mederi neceſſarium duximus. Et invenimus viam, per quam manumiſſor, & ſocius ejus, & qui libertatem accepit, noſtro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente (cujus favore antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas ſtatuiſſe manifeſtum eſt) & eo, qui eam libertatem impoſuit, ſuæ libertatis ſtabilitate gaudente, & ſocio indemni conſervato, pretiumque ſervi ſecundùm partem dominii, quod nos definimus, accipiente.*

NOTÆ.

4. *Socio accreſcebat*] Caſus, quo jus accreſcendi locum habebat extra cauſam ultimæ voluntatis.

COMMENTARIUS.

Alius modus civilis acquiſitionis] Vel hinc apparet, ſuperiores acquirendi modos inter acquiſitiones civiles à Juſtiniano numerari. Subiicit autem hic pro concluſione alium civilis acquiſitionis modum, ſed antiquatum, & quem ipſe jam antea abrogaverat, quo ſcilicet pars unius domini communem ſervum manumittentis ſocio quærebatur jure accreſcendi. Quod jus donationi valde affine erat; quoniam & ipſa cauſa erat merè lucrativa: & quia dominium iſtius partis citra traditionem tranſibat ad ſocium, omnino hic modus pertinebat ad jus civile: eſtque caſus quidam, quo jus accreſcendi locum habebat extra cauſam ultimarum voluntatum.

Vindicta vel teſtamento] Meminit dumtaxat manumiſſi vindicta aut teſtamento: quia alio modo, puta per epiſtolam, aut inter amicos, manumiſſus huc non pertinebat. Sic enim jus erat, ut quibus modis ſervum proprium manumittens civem Romanum faciebat, iiſdem modis communem manumittentis partem ſuam amitteret, eaque accreſceret ſocio: quibus autem modis proprium manumittens Latinum faciebat, ut iis modis communem manumittens nihil ageret, id eſt, neque Latinum faceret, neque partem ſuam amitteret, *Ulpian. tit. 1. de libert. §. communem 13. Paul. 5. ſent. 21. in pr.*

Eo caſu pars amittebatur] Nam cum ea à domino manumiſſore abiret, nec tamen aut libertas communi ſervo ab uno è dominis in præjudicium ſocii ſui dari poſſet, aut quiſquam pro parte ſervus pro parte liber eſſe, quoniam ſtatus hominis individuus eſt: neceſſariò eveniebat, ut pars manumiſſoris, quippe quæ nullius eſſe non poterat, accreſceret accederetque ſocio: non abſimili ratione, qua placet uſumfructum in jure ceſſum extraneo extingui & redire ad proprietatem: quod explicatum §. *pen. ſup. de uſuſr.*

Per noſtram conſtitutionem mederi] *leg. 1. C. de comm. ſerv. man.* ubi quod in ſolis militibus antea obtinebat, jus commune facit ſancitque generaliter, ut ſervus communis ab uno ex dominis manumiſſus liber omnino fiat, ſi manumiſſor alteri domino pretium ſuæ partis perſolvere paratus ſit. Neque inter modos manumittendi hic diſtinguendum, cùm quævis manumiſſio nunc civem Romanum faciat, *§. 3. ſup. de libert.* & generaliter loquitur *Imp. d. l. 1. §. 1.*

Contra communes regulas] Jure communi nemo rem ſuam vendere aliove modo alienare cogitur, *l. in vitum 11. C. de contr. emp. l. nec emere 16. Cod. de jur. del.* Ab hoc jure in caſu propoſito recedendum putavit Juſtinianus propter favorem libertatis: neque hoc ut novum carpendum eſſe, cùm etiam veteres juris conditores multa pro libertate contra rationem juris conſtituiſſe notum ſit, *l. generaliter 24. §. ſi quis 10. de fideic. libert.* Plures caſus, quibus quis rem ſuam vendere cogitur, notavimus ad *§. ult. ſup. de his qui ſui vel al. jur.*

Quod nos definivimus] Ne de pretio partis domini non manumiſſoris contentio eſſet, Juſtinianus ſervorum pretia pro ætate atque artificio cujuſque, quod exerceret, certa definivit, creſcuntque à decem ſolidis uſque ad ſeptuaginta, *d. l. c. §. ne autem 5. C. de comm. ſerv. man. l. ult. C. de cond. inſert.* quod tamen nonnulli non ſatis prudenter factum exiſtimant, definitionemque pretii in ſingulis cauſis arbitrio magiſtratus potiùs permittendam fuiſſe. Hujus §. nullum eſſe hodie uſum intelligi poteſt ex iis, quæ diximus *leg. 1. tit. de jur. perſon.*

TITULUS VIII.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON LICET.

Continuatio, atque argumentum tituli.

EXPLICATI hactenus ſunt plerique modi, quibus dominium rerum ſingularum nanciſcimur tum jure gentium tum jure civili. In his præcipuus & modus maximè naturalis eſt, cum dominus rem ſuam ita alteri tradit, ut eam velit fieri accipientis, *§. per traditionem 40. ſup. de rer. div.* Cæterum cùm hoc non ſemper procedat, propterea, quòd non omnes, qui domini ſunt, jus alienandi rem ſuam, vel etiam adminiſtrandi, habeant; deinde quia quandoque etiam contingit, ut is, qui dominus non eſt, dominium in accipientem transferat, eò quòd alienandi poteſtatem à lege accepit: utrumque hoc Juſtinianus exemplis ſibi declarandum putavit proprio titulo: quem idcircò etiam ſtatim ſuperioribus ſubjicit. In *princ. §. ult.* profert exempla eorum, qui cùm domini ſint, jus tamen alienandi non habent; in §. 1. exemplum contrarium.

TEXTUS.

Summa tituli, de Marito, qui licèt fundi dotalis dominus ſit, tamen alienare nequit.

Accidit aliquando, ut qui dominus rei ſit, alienare non poſſit, & contrà, qui dominus non ſit, alienandæ rei poteſtatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare; quamvis ipſius ſit, dotis cauſa ei datum. Quod nos legem Juliam corrigentes in meliorem ſtatum deduximus. Cum enim lex in ſolis tantummodò rebus locum habebat quæ Italicæ fuerant: & alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utrique remedium impoſuimus, etiam in eas res, quæ in provinciali ſolo poſitæ ſunt interdicta ſit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neq; conſentientibus mulieribus procedat: ne ſexus muliebris fragilitas in perniciem ſubſtantiæ earum convertatur.

NOTÆ.

Dotale prædium] Inæſtimatum ſcilicet; nam æſtimato in dotem dati alienatio marito permiſſa, *l. 10. §. 4. De jur. dot. l. 5. l. 10. C. eod.* ſicut & rei mobilis, *l. 3. §. 2. D. de ſuis & legit. l. 3. C. de jur. dot. auth. ſive à me, C. ad ſen. Vell.*

Ipſius ſit] Maritus conſtante matrimonio eſt dominus rei dotalis, *l. 1. §. l. 3. §. 2. de fund. dot. l. 7. §. 3. D. de jur. dot. l. 23. C. eod. l. 9. C. de rei vend. §. 40. in fin. ſup. de rer. div.* τῆς προικὸς ἐν τῷ γάμῳ ὁ ἀνὴρ κύριος, 47. Baſil. *tit.* 1. Sed quia hoc dominium ſoluto matrimonio ad uxorem redit, ideò & ipſa interim domina ſæpè dicitur. v. Briſſon. *lib. ſing. ad leg. Jul. de adult.*

Etiam volente ea] Hoc ideò, quia faciliùs mulier adduci poteſt, ut conſentiat obligationi, ubi nullum præſens periculum eſt, quàm alienationi, ſimile quid eſt in *l. 4. in fin. D. ad Vel.*

Remedium impoſuimus] *l. un. §. & cum lex. 15. C. de rei ux. act.*

Sexus muliebris fragilitas] Ne fragilitate ſuæ naturæ in repentinam deducatur inopiam, *d. l. un. §. 15.*

COMMENTARIUS.

1 *Prohibitionem legis Juliæ ad res dotales mobiles non pertinere, neque ad ullas æſtimatò in dotem datas.*
2 *Solum maritum verum juſtumque rei dotalis dominum eſſe, pleniſſimè probatur, remotis omnibus objectionibus.*
3 *Alienandi verbum quàm latè pateat ex ſententia legis Juliæ.*
4 *Cur lex arctiùs prohibuerit fundi dotalis oppignerationem, quàm alienationem.*
5 *Quantum mores noſtri diſſideant à jure ſcripto.*

DOtale prædium maritus prohibetur alienare] Primum exemplum, quo oſtenditur, eum qui dominus eſt, aliquando alienare non poſſe, propoſitum judicio dianætico ſyllogiſmi tertiæ figuræ partibus omnibus explicati. Eſt verò partium methathesis, qua ſublata apparebit ſyllogiſmus integer in Felapton: *Maritus prædium dotale alienare non poteſt. Maritus eſt dominus prædii dotalis. Ergo quidam rei dominus eam alienare non poteſt.* Ait *prædium:* ergo rei mobilis alienatio 1
marito prohibita non eſt, quod etiam probant textus *in l. 3. §. 2. de ſuis & legit. l. 3. C. de jur. dot. l. ult. C. de ſerv. pign. dat. man. auth. ſive à me, §. 1. C. ad ſen. Vell.* utique tamen hoc ita, ſi maritus ſolvendo eſt, *l. 1. C. d. tit. de ſerv. pign. &c.* nam alioqui in fraudem uxoris id facere cenſetur; quippe cui dos deberi incipit, ex quo cõſtat mariti facultate ad exactionẽ dotis nõ ſufficere, etiamſi matrimonium necdum ſolutum ſit *l. ſi conſtante 24. ſol. mat. l. ſi ſervum 21. de manum. l. ubi 29. C. de jur. dot.* Prædium autem accipere debemus inæſtimatũ: nam quæ res æſtimatò in dotem dãtur, eas omnes, ſive mobiles ſint, ſive immobiles, liberè à marito alienari poſſe vel ex eo patet, quòd ſoluto matrimonio non res ipſæ, ſed pretium ſive earũ æſtimatio in reſtitutionem veniat judicio venditi, *l. 10. §. ſi ante 4. de jur. dot. l. 5. l. 10. C. eod.* utique ſi æſtimatio facta ſit venditionis cauſa: ſecus autem ſi facta ſit tantùm interrimenti, & taxationis cauſa,

ſa, ut conſtet, quanti res ſit, ut in *l.69. §.7.de*
jur.dot.l.50.ſol.matrim.l.21.Cod.de jur. dot. Errat
verò procul dubio Wesembecius, contendens,
maritum non alias res mobiles alienare poſſe,
quàm quæ ſervando ſervari nequeunt, *arg.l. lex*
quæ 22. C. de adm. tut. longè enim plùs juris ma-
ritus habet, quàm tutor, & futilis collectio eſt
ex *l. res in dotem 41. de jur. dot.* rerum, quæ pon-
1 dere, numero, menſura conſtant, maritus libe-
ram alienationem habet, ergo cæterarum rerum
mobilium non habet: atque hoc tantùm Juriſ-
conſultus ibi docere voluit, quantitatem in do-
tem dari eodem jure & obligatione, qualis eſt
in mutuo.

Per legem Iuliam] Quæ vulgò appellatur Julia
de fundo dotali, *l.1.l.4 de fund.dot.* Tulit hanc le-
gem Auguſtus; eſt enim ea ipſa, quæ de adulte-
riis & de pudicitia dicitur, ut conſtat ex *Paul. 2.*
ſent. 21. atque inſcriptione multorum capitum
ſub *d. tit. de fund. dot.* quippe lex illa inter alia
hoc etiam caput de fundo dotali habuit, conce-
ptum in hæc verba; *Fundum Italicum dotalem*
maritus invita uxore ne alienare, neve conſentiente
ea obligato, l.unic.§.& cum lex. 16. D. de rei ux.
act. Adi *Briſſon.lib.ſing.ad leg. Iul. de adult.* ubi
hujus legis capita, quæ quidem in libris noſtris
continentur, accuratè collegit & expoſuit. Cau-
ſa prohibitionis eſt favor dotium; quas mulieri-
bus ſalvas eſſe etiam publicè expedire creditur,
quo faciliùs iterum virum inveniant, *l.2. de jur.*
dot. Ac tametſi ſoluto matrimonio maritus hæ-
redeſve ejus dotem reſtituere tenetur: præſtat
tamen, mulierem rem habere ſalvam, quàm in
perſonam agere, per *l.plus cautionis 25.de reg.jur.*
l.5.de ſuſp.tut. Cæterum non de rebus dotalibus
omnibus lex cavit, ſed de prædiis dumtaxat; ut-
potè quorum alienatio mulieribus maximè da-
mnoſa eſſe poteſt propter harum rerum pretium.
Sed & prohibita rerum mobilium alienatione fa-
cilè fieri poſſet, ut multi deciperentur, magna-
que inde ſequerentur incommoda.

Quamvis ipſius ſit] Maritum eſſe rei dotalis do-
minum, innumeris locis & perſpicuè proditum
2 eſt, *l.1.§.1.l.dotale, 13.§.2.de fund.dot.l.7.§.3.de*
jur.dot.l.ſi præſidium 23.C.eod.l. quotiens 47.§.ult.
de pecul. &c. cauſamque dotis habilem eſſe ad
transferendum dominium, non ſecus ac vendi-
tionem, permutationem, donationem, ſcriptum
expreſsè eſt, *§. per. traditionem 40. ſup. de rer.*
div., & probat *ff. pro dote*; nam aliàs mulier
rem alienam marito ex cauſa dotis tradens non
transferret uſucapiendi facultatem, neq; marito
amiſſa poſſeſſione daretur actio in rem Publicia-
na, *l.3.§.1.de public.in rem.act.* Idem quoque ar-
guunt effecta juris dominici propria, qualia ſunt,
quòd maritus ſolus rem dotalem vindicat, *l. do-*
te, 9. C. de rei vend. quòd ſervus dotalis hæres ab
aliquo inſtitutus juſſu mariti aut adit aut repu-
diat hæreditatem, *l. ſervus 58.ſol. matr.* quòd do-
tali ſervo libertatem dare poteſt, *l.3. C.de jur.dot.*
Quibus etiam hoc argumentum accedit, quòd ne
mortuo quidem marito dominium rei dotalis ad
uxorem revertitur, ſed unà cum univerſitate tran-
ſit in hæredem mariti, *d.l.1.§.1.de fund. dot.* ut
proinde ex ratione juris veteris nec ad reperen-
dam dotem mulieri competeret actio in rem, ſed
tantùm perſonalis rei uxoriæ, aut ex ſtipulatu.
Poſtremò ſi maritus dominus rei dotalis non eſ-
ſet, quid opus fuit lege, qua marito interdicere-
tur fundi dotalis alienatio? Rectè igitur Græci
in Baſilic.47.tit.1. τ῀ προικὸς ἐν τῷ γάμῳ ὁ ἀνὴρ
κύριος. Non pauca tamen huic ſententiæ obſtare
videntur, atque uxori, non marito, dominium do-
tis aſſerere. In *l.quamvis 75.de jur.dot.* dos dicitur
eſſe ipſius mulieris: alibi proprium mulieris pa-
trimonium, *l.3.§.ergo 5.de minor.l. in eum 16. de*
rel. & ſumpt.fun.l.4.de collat.in l.7. §. ſi fundum
12.ſol.matr. De fundo dotali diſſerit Juriſconſul-
tus, quaſi de re aliena reſpectu mariti. Maritus
in rebus dotalibus dolum & culpam præſtat, *l.in*
rebus 17. de jur. dot. Penes mulierem eſſe dici-
tur etiam fundi dotalis poſſeſſio, ut ſatiſdare ea
de cauſa non teneatur, *l. ſciendum 15. §.3. qui ſa-*
tiſd. cog. Denique generaliter à Juſtiniano tradi-
tum eſt, res dotales in dominio uxoris permane-
re, *l. in rebus 30. C. de jur. dot.* Hæc noſtri non uno
modo componunt. Donellus *lib.14.comm.4.* pu-
tat, maritum rerum dumtaxat æſtimatarum &
quantitatis in dotem datæ dominum eſſe, corpo-
tis inæſtimato dari mulierem. Vultejus *hic & 1.*
diſc. ſchol. 19. uxorem eſſe dominam rei dotalis,
maritum dominum juris in ea re conſtituti. Vau-
dus, *2.var.quæſt.3. & Ioan. del. Caſtill. de uſufr.*
c.4. marito nihil fermè tribuunt, præter jus re-
bus dotalibus utendi fruendi. Robertus, *3.ſent.18.*
dominium dotis marito concedit, proprietatem
negat. Nonnulli dominium bonitarium penes
maritum fuiſſe contendunt, Quiritiarium penes
uxorem, ut *Perenot.2.animad.2.* Alii contra, illud
penes uxorem, hoc penes maritum; ut *Æcrom.*
hic. Cæterum nemo horum quicquam affert,
quod mihi probari poteſt. Donelli diſtinctio aper-
tè vitioſa eſt; nam cùm per ſe dotis conſtitutio
ſit titulus idoneus ad transferendum dominium,
d. §. per traditionem, neceſſe eſt, ut tam rei in-
æſtimatæ in dotem datæ dominium in maritum
transeat, quàm æſtimatæ: aut ſi aliena res eſt, uſu-
capiendi conditio; quod etiam disertè traditur
l.3. §.1. de pub.in rem act. Hoc tantùm intereſt,
quòd dominium mariti in re dotali non æſtima-
ta minùs plenum nec perpetuum eſt: quippe cu-
jus rei ſi immobilis eſt, nec alienandæ nec obli-
gandæ jus habet, & quam ipſam ſoluto matrimo-
nio reſtituere tenetur; nam quod dotis cauſa per-
petua eſſe dicitur, *l. 1. de jur.dot.* id ad votum dan-
tis referendum eſt, quod ea intentione detur, ut
perpetuò apud maritum ſit. At rei æſtimatæ do-
minium pleniſſimè atque irrevocabiliter in eum
transfertur, ita ut pretii tantùm debitor efficia-
tur, niſi fortè electionem ſibi mulier reſervave-
rit, *l.11. de fund.dot.l.5.C.de jur.dot.* aut inter tri-
menti dumtaxat cauſa æſtimatio facta ſit, ut paulò
ante notatum. Idemque eſt, cum res fungibilis in
dotem data eſt: perinde enim tunc maritus obli-
gatur,

Digitized by Google

gatur, ac ſi mutuum accepiſſet, *l. res id dotem 42. de jur. dot.* Quid quod admiſſa diſtinctione Donelli fatendum erit, dominium rei dotalis non aliter transferri, quàm ſi venditio, aut mutuum contractum ſit? quod qui aſſerit, ut ipſe ſimpliciter negat, contra juris auctoritatam, rem ex cauſa dotis transferri, aut dotem eſſe juſtum titulum transferendi dominii. Et vel unum hoc ad refellendum Donellum ſatis eſt, quod maritus dicitur dominus eſſe illius ipſius prædii, quod lege Julia vetatur alienare, *l. dotale 13. §. 2. de fund. dot. & hoc text.* Etenim legis Juliæ prohibitio ad fundum dotalem non æſtimatum ferè ſolum pertinet: ad æſtimatum non pertinet, niſi uno illo & altero caſu, quem ſupra indicavimus. Vulteii quoque diſtinctio tolerari non poteſt, & à juris ratione nimium quàm abhorret. Res ipſa in dotem data, non jus aliquod in ea re, mariti effici dicitur, *l. 7. §. ſi res 3. de jur. dot.* prædium ipſum dotale mariti eſſe, dominium hujus prædii marito quæri, *d. l. 13. §. 2. de fund. dot. & hoc loc.* Quibus textibus, atque aliis, quos ſupra adduximus, refutatur etiam opinio Vaudi & del Caſtill. Pluribus atque ex profeſſo diſtinctionem Vult. confutat D. M. Lyclama 7. *membr.* 26. Roberti merum commentum eſt, atque inauditum, alium dominium rei habere, alium proprietatem. Perenotri ſententia plus coloris habet: ſed tamen & ipſam falſam eſſe exiſtimo. Moveor, quòd diſtinctio illa dominii bonitarii & Quiritiarii non pendet à titulo, aut cauſa acquirendi, ſed à genere & modo, quo res in accipientem transferebatur. Potuit ergo maritus & ex jure Quiritium habere, puta ſi mancipatio, aut in jure ceſſio interveniſſet: potuit & in bonis tantùm, ſi ſimplex modo traditio facta eſſet, & res nondum uſucapta, per ea, quæ Ulpian. *tit. de libert. §. qui tantum* 11. Ac dominium quidem bonitarium ſemper penes maritum fuit, Quiritiarium plenum non ſemper, nudum nunquam; in quo perſpicuè errat Hotom. *fac. l. 7. §. ſi res 3. l. quamvis 75. de jur. dot. l. Lucius §. 4. municip.* Una hujus diſſidii conciliatio eſt, eaque ſimpliciſſima, ut dicamus, ſolum maritum eſſe rei dotalis etiam inæſtimatæ verum juſtumque dominum: cæterum quia hoc dominium mariti perpetuum non eſt, ſed abiturum ab eo, ſolutoque matrimonio rediturum ad mulierem, (quippè cui maritus facto divortio, quod apud Romanos frequenter contingebat, dotem reſtituere cogitur) hujus diſſolutionis, ac futuræ reſtitutionis intuitu dotem videri non tam mariti, quàm uxoris eſſe, & adhuc patrimonium uxoris appellari, deque marito conſiderato eodem eventu Juriſconſultos nonnumquam ita loqui, tanquam de non domino, & quaſi rei alienæ adminiſtratore, præſertim in *tit. ſol. matrim.* qua ratione etiam defendendum erit, quod Juſtinianus ait, ſola legum ſubtilitate rei dotalis dominium in maritum transferri, naturaliter autem penes uxorem manere, *d. l. 30. Cod. de jur. dot.* Loquitur enim etiam de rebus æſtimatis, quas certò conſtat in patrimonium mariti tranſire, idque pleno etiam & perpetuo jure, *l. 5. Cod. eod.* Mirum verò non eſt, Juſtinianum ſic loqui, dum ſcopo ſuo ſerviens colorem aliquem quærit conſtitutioni ſuæ, qua contra rationem juris uxori pro rebus dotalibus tam æſtimatis, quàm inæſtimatis, concedit actionem in rem. Quod tamen cum D. Bachovio de utili in rem accipio, & quæ ſoluto demum matrimonio uxori detur in ſubſidium, ubi maritus ſolvendo non eſt.

In rebus, quæ Italicæ fuerant] In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuit, ſed potuit maritus ea liberè alienare. Quod tamen abſurdum meritò videri poteſt: & maximè poſt conſtitutionem Antonini, qua provinciales omnes civitate donati ſunt, *l. in orbe 17. de ſtat. homin.* Nam etſi prædiorum provincialium ſummum jus & dominium Quiritiarium penes poſſeſſores nō erat; proximum tamen pleno dominio jus habebant, quod in quemvis alium transferre poterant, omniaque percipiebant prædiorum emolumenta, uno excepto, quod certum vectigal prædiis impoſitum quotannis ſolvere tenebātur. Cur igitur magis in Italia, quàm in provinciis, mulieribus proſpectum, cùm idem ubique ſit, aut eſſe debeat, dotium favor? Exiſtimo, non defuiſſe alia remedia, quibus nupturæ ſibi in provinciis conſulere potuerint. Lepidum verò eſt, quod Dionyſ. Gothofred. *in notis in Theoph.* ſcribit, fundum extra Italiam ſitum per legem Juliam ne volente quidem uxore alienari potuiſſe.

Alienationes inhibebat] Alienatio dicitur omnis actus, per quem dominium transfertur, *l. 1. C. de fund. dot.* Itaque non tantùm diſtrahi fundus dotalis prohibetur, ſed etiam donari, permutari, in ſolutum dari, legari: ac ne quidem ſi miles legaverit, ratum erit legatum propter legem
Julian, *l. dotalem 16. de teſtam. mil.* Sed & uſu-
capio quoque appellatione alienationis contine- 3
tur, *l. alienationis 28. de verb. ſign.* & ideò ad
hanc quoque ſpeciem lex Julia pertinet, *leg. ſi
fundum 16. de fund. dot. fac. l. ſi ab eo 12. de uſuc.
l. 7. §. qui ſciens 5. pro empt.* Alienatum autem
propriè non videtur, quod adhuc in dominio
noſtro manet, quamvis venditum rectè dicatur,
l. alienatum 67. de verb. ſign. Alienandi autem prohibitione eos quoque caſus comprehendi intelligimus, quibus jus aliquod in re a domino ſeparatum transfertur, *leg. ultim. Cod. de reb. al. non alien.* Quare nec ſervitutem prædio dotali maritus imponere poterit, nec ſervitutes prædio debitas remittere, vel amittere, non utendo, *l. 5. de fund. dot.* Cui conſequens eſt, libertatem ſervituti urbano prædio dotali debitæ ex ceſſione patientiave mariti non competituram, ne per hoc prædii conditio deterior fiat, *l. 6. eod. tit.*

Hypothecas earum etiam volente ea] Lex Julia 4
alienationes prędiorum dotalium prohibuit, quę
invita muliere fiebant; oppignerationem etiam
quæ

Digitized by Google

quæ fiebat ea conſentiente, *leg. unic.* §. *& cum lex 15. Cod. de rei ux. act.* Hoc ideò, quia faciliùs mulier adduci poteſt, ut conſentiat obligationi, ubi nullum præſens periculum eſt, ſed ſpes, fore, ut maritus rem luat, quàm alienationi, per quam rei ipſius dominium ſtatim in alium transfertur. Quod igitur faciliùs mulier conceſſura erat, arctiùs lex, imò ſolùm prohibere voluit: uti paſſim videmus ea ſola legibus prohiberi, quæ facilè fieri poſſunt, eum lex ea fieri non vult, non quæ difficulter. Hac ratione Senatuſconſulto Vellejano mulieri pro alio ſe obliganti ſuccurſum eſt, non donanti, nimirum quia, ut inquit Juriſconſultus, faciliùs ſe mulier obligat, quàm alicui donat, *l. 4. §. 1. ad ſenat. Vellejan.* Eadem ratio fuit legis Fuſiæ Caniniæ infinitam manumiſſionem in teſtamento prohibentis, non inter vivos, *ſup. de leg. Fuſ. Can.*

Vtrique remedium impoſuimus] Juſtinianus legis Juliæ prohibitionem primùm porrexit ad prædia provincialia, *dict. l. unic. §. & cum lex, Cod. de rei ux. act.* quippè quorum nondum eadem cauſa, quæ Italicorum erat, quod effectum conſtitutione poſteriore, *leg. in Cod. de uſucap. transf.* Deinde alienationem eodem modo, quo oppignerationem, prohibuit, ut nec illa vel conſentiente muliere fieri poſſet: quod lex Julia permittebat, *dict. leg. unic. §. ſed cum lex, verſ. cum autem.* Hæc autem prohibitio in quibuſdam caſibus ceſſare creditur, quos collegit Chriſtin. *volum. 3. deciſ. 133. num. 20. & 28. cum ſeqq.*

Ne ſexus muliebris fragilitas] Ratio cur legi Juliæ hactenus derogarit, ut nec alienationem prædii dotalis, quæ cum conſenſu mulieris fit, valere patiatur: quia ſcilicet ſuccurrendum putavit facilitati mulierum, quæ vel fragilitate ſexus, vel mariti reverentia, aut amore ductæ facilè rerum ſuarum alienationibus conſenſum accommodant, τί γὰρ εἰς ἀπάτην ἀπλούστερον γυναικός. *Liban. Declam.* 35. Pontifices tamen hujuſmodi alienationes, ſi jurato mulier conſenſerit, firmas manere præcipiunt, *c. cum contingat* x. *de jurejur. c. licèt mulieres, eod. in 6.* Moribus harum regionum marito dominium rerum, quas uxor in matrimonium confert, non quæritur; ſed nullis antenuptialibus inſtrumentis confectis bona omnia utriuſque conjugum communia fiunt, ut alibi dictum. Cæterum ſive facta ſit bonorum communio, ſive ea pactionibus excluſa, licet marito pro jure poteſtatis, quam maximam apud nos in uxorem habet, res ejus alienare, aut obligare: neque in eam rem opus habet uxoris conſenſu, niſi ea quoque poteſtas nominatim pactis antenuptialibus reſtricta ſit, aut impetrata bonorum ſeparatio, *Neoſtad. de pact. ante nupt. obſ. 10. Grot. 1. introd. c. 5. & alii alleg. à Groenew. hic, tract. de ll. abrog.* Contra verò mulieres nuptæ res ſuas obligandi, aut alienandi jus non habent: ac neque ex contractu ſine conſenſu maritorum inito obligantur, niſi quatenus ea obligatio ſpectat victum, & cultum familiæ: exceptis palam negotiantibus, quæ inſtitorum jure utuntur, atque in negotiatione, quam exercent, ſe viroſque ſuos obligandi poteſtatem habent, *D. Ioan. à Sande lib. 2. tit. 4. de fin. 3. & 4.* Non idcircò tamen minùs in interceſſionibus beneficio Senatuſconſulti utuntur, *D. Neoſtad. obſ. rer. jud. 18.*

TEXTUS.

De Creditore, qui licèt non ſit dominus, tamen alienare pignus poteſt.

1. *Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non ſit, alienare poteſt. Sed hoc forſitan ideò videtur fieri, quòd voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus eſt, ut liceret creditori pignus vendere, ſi pecunia non ſolvatur. Sed ne creditores jus ſuum perſequi impedirentur, neque debitores temerè ſuarum rerum dominium amittere viderentur, noſtra conſtitutione conſultum eſt, & certus modus impoſitus eſt, per quem pignorum diſtractio poſſit procedere: cujus tenore utique parti creditorum, & debitorum ſatis abundèque proviſum eſt.*

NOTÆ.

1. *Ex pactione*] Idem eſt, licèt pactio nulla interpoſita, *l. 4. D. de pign. act.* neutrum autem procedit ſine prævia denuntiatione, *l. 4. Cod. de diſtr. pign. l. 10. C. de pign.* Sed etſi convenerit, ne liceat vendere, adhuc tamen diſtrahi poteſt, modò trina præceſſerit denuntiatio, *dict. l. 4. de pign. action.*

Qui ab initio pactus] Aut etiam ex intervallo, *dict. l. 4. D. de pign. action.* Itaque hic caſus non magis huc pertinet, quàm cum procurator voluntate domini rem alienat, §. 41. *ſupr. de rerum div.* Rectiùs huc referas tutores, & curatores.

Noſtra conſtitutione] *Leg. ultim. Cod. de jur. dom.* ubi *imp.* nova forma diſtrahendi pignoris prolixè præſcribitur, cui locus ſit, cum de vendendo eo nihil nominatim convenit.

COMMENTARIUS.

1 *Vnam ſaltem denuntiationem requiri, non tantùm cum de pignore diſtrahendo non convenit, ſed etiam cum convenit, ut vendere liceat.*
2 *Quid ſi dies ſolutionis adjecta, & ſolutio ſua die facta non fuerit.*
3 *Formam vendendi pignoris à Iuſtiniano præſcriptam vix ullibi locorum obſervari.*

Hic

Digitized by Google

HIc ex adverſo oſtenditur, etiam eum aliquando, qui dominus non eſt, alienandæ rei poteſtatem habere, exemplo creditoris pigneratitii. Magis autem huc pertinent tutores & curatores, quibus res pupillorum ſuorum & adultorum alienandi poteſtas non à domino, ſed jure tributa eſt, *l. bonæ fidei* 109. *de verb. ſign.* quamvis his non quævis permiſſa alienatio, nec omnium rerum abſque decreto. De quo vid. *l.* 9. §. *ſicut* 5. *l.* 12. §. 1. *l. tutor.* 22. *l. Lucius* 46. §. *ult. de adm. tut. l. non omni* 16. *l. lex quæ* 22. *C. eod. l.* 1. *& paſſ. de reb. eor. qui ſub. tut.*

Ex pactione] Pertinet igitur hic locus ad alienationem pignoris conventionalis. Ait, *ex pactione*. Quid ergo ſi de diſtrahendo pignore nihil convenerit? Adhuc eo jure utimur, ut diſtrahere liceat, *l.* 4. *de pign. act.* Quin hoc ipſi naturæ pignoris ineſt. Atque hic caſus potiùs ponendus fuerat, quàm cum pignus alienatur ex conventione atque expreſſa voluntate debitoris, per ea, quæ ſtatim ſequuntur. Imò tantum abeſt, ut pactio ad alienationem pignoris neceſſaria ſit, ut etiamſi nominatim contra convenerit, ne liceret pignus vendere, adhuc tamen liceat, ſi modò ter (per juſta intervalla, quod judex arbitrabitur, *Negus de pign.* 1. *membr.* 6. *part. principal. nu.* 4. *Schneid. hic num.* 3.) priùs debitori denuntiatum fuerit, ut ſolvat, & ceſſaverit, *d. l.* 4. *de pign. act.* alioqui ſi numquam liceret vendere, creditori pi-
1 gnus eſſet inutile; ut adeò tale pactum ſit contra naturam pignoris. Enimverò nec illo caſu, quo nihil de diſtrahendo pignore actum eſt, abſque præcedente denuntiatione pignus vendi poteſt, ſed una tantùm denuntiatio ſufficere putatur, *argum. d. l.* 4. *de pign. act. l.* 3. *Cod. de jur. dom. l.* 4. *Cod. de diſtr. pign. l. debitoribus*, 18. *C. de adm. tut.* quamvis etiam hoc caſu tres deſiderare videatur Paulus 2. *ſent.* 13. Hoc ampliùs putarem cum Caſtrenſ. ad *d. l.* 4. *Neguſ.* 1. *membr.* 6. *part. pr. n.* 1. *Schneid. num.* 2. contra *Gloſſ. Salic. in l.* 1. *C. de diſt. pign. & reſemb. hic*, etiam tunc unam ſaltem denuntiationem requiri, cùm expreſsè convenit, ut pignus vendere liceat, cùm nec ante debitor conſtituatur in mora. Eſtque in eam rem textus apertus in *d. l.* 3. §. 1. *Cod. de jur. dom. imp.* & jure quoque veteri ſic obtinuiſſe liquet ex *l. debitores* 10. *Cod. de pignor. & d. l.* 4. *Cod. de diſtr. pignor.* Sed illud intereſt, quod ubi de diſtrahendo pignore convenit, biennium poſt denuntiationem non expectatur, uti ſit in duabus ſpeciebus
2 reliquis ex conſtitutione Juſtin. *d. l.* 3. §. 1. *Cod. de jur. dom. imp. Schneid. hic num.* 3. Sed quid dicendum de iis caſibus, quibus mora contrahitur citra ullam interpellationem, puta ſi dies ſolutioni adjecta ſit, & ſua die ſolutio facta non fuerit? Hic enim adventu ſolius diei debitor in mora conſtituitur, ſecundùm communem ſententiam, per *l. magnam, Cod. de contr. ſtip.* Neguſ. *d. loc.* & Schneid. *hic nu.* 1. putant, hoc caſu nulla opus eſſe denuntiatione, ſufficereque ad licentiam vendendi pignoris nudam debitoris moram. Cui ſententia patrocinari videtur *l.* 8. §. 3. *de pign. act.* Sed humanius eſt, ut dicamus, etiam hoc caſu denuntiationem præcedere debere. Non enim protinus ſequitur, ad debitorem conſtituendum in mora nihil aliud deſideratur, quàm ut dies tenerit, ergo hoc etiam ſufficit ad jus diſtrahendi pignoris. Quippe pignoris obligatio diverſa eſt à principali: nec ſi ob moram debentur uſuræ, & rei debitæ periculum in debitorem transfertur, ideò ſtatim etiam nulla præcedente denuntiatione licebit vendere pignus in graviſſimum præjudicium debitoris. Nec obſtat *d. l.* 8. §. 3. *de pign. act.* loquitur enim de jure vendendi pignoris, quod ex conventione competit ob non ſolutam ſua die pecuniam. Quo tamen & ipſo caſu non ſolùm humaniùs, ſed etiam tutiùs facturus eſt creditor, ſi futuram venditionem denuntiet debitori, ut ſe fraudis ſuſpicione liberet, nec dolo malo in ea venditione verſatus quandoque dici poſſit, *l.* 7. *Cod. de diſtr. pign. l.* 1. *Cod. ſi vend. pign. agat. Bald. in l.* 4. *C. de diſtr. pign. Caſtr. in l.* 4. *de pign. act. Ant. Fab. C. ſuo de diſtr. pign. defin.* 13. *add. Ioan. à Sande rer. jud. lib.* 4. *tit.* 12. *defin.* 20. Quid quod hoc ipſum, quod DD. pro certi juris regula ponunt, ſolo diei lapſu citra aliam interpellationem debitorem conſtitui in mora, non uſque adeò certum eſt, & ſunt, qui falſum exiſtimant? *Ferres. tractat. de mora Charond.* 3. *verſimil.* 10. *Bachov. in Treutl. diſput. de uſur. theſ.* 7. quamquam horum argumentis ſolidè mihi reſpondiſſe videtur *D. Guiliel. Maſius ſing. opin. lib.* 2. *cap.* 4.

Quamvis ejus ea res non ſit] Pignus in bonis debitoris manet, *l. pignus* 9. *Cod. de pign. act.* non enim hoc contractu pignoris agitur, ut res alienetur, ſed ut obligetur creditori in ſecuritatem crediti.

Qui pactus eſt, ut liceret] Hic igitur caſus non magis huc pertinet, quàm ſi procurator, cui id dominus ſpecialiter mandavit, rem alteri vendiderit & tradiderit. Nihil enim intereſt, utrùm ipſe dominus rem alteri tradat dominii transferendi causa, an voluntate ejus alius, §. *nihil* 42. *ſup. de rer. div.*

Noſtra conſtitutione conſultum] Olim jus vendendi pignoris liberius fuit, quod Juſtinianus ita coercuit, ut nec creditores putaverit habere, quod conquerantur, & debitoribus juſtum ſpatium eſſe ad expediendam ſolutionem. Summa conſtitutionis Juſtinianeæ, quæ eſt, *l. ult. C. de jur. dom. imp.* huc redit; ut ſi de vendendo pignore nihil convenerit (alioqui forma conventione præſcripta in diſtractione ſervanda eſt) jus ſit creditori altero demum poſt denuntiationem anno id vendere. Si emptor non extet, debitorem ut moneat, ut intra certum tempus pignus luat, aut non apparenti tempus, quo id facere poſſit, per judicem præſcribat. Hoc autem fruſtra tentato, ut poſſit creditor à Principe petere facultatem pro domino poſſidenti: qua tamen impetrata adhuc biennium debitori detur, ut interim debitum cum eo, quanti creditoris intereſt, quæſita pecunia perſolvere, & pignus luere poſſit:

Digitized by Google

poſſit: eò verò tempore ſine ſolutione tranſacto, creditor juſtus pignoris dominus efficiatur. Sed hæc forma vendendi pignoris vix ullibi locorum nunc obſervatur, *vid. Bart. d. l. 4. de pign. act. & d. l. ult. C. de jur. dom. imp. Schneid. hic num. 6. Baron. comm. part. 2. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 172. num. 2.* & ibi citat. Antiqua ratio planior & ſimplicior hæc fuit, ut annua pignoris proſcriptione creditor ejus dominus efficeretur, ſi debitor id non lueret. Moribus noſtris vix convenit, ut creditor privata auctoritate pignus diſtrahat; ſed diſtractio addictione fieri ſolet auctoritate magiſtratus, uti jure Rom. in iis pignoribus, quæ in cauſa judicati capiuntur, *l. 2. C. ſi in cauſ. jud. pign. ca.* in quibus quid juris ſit, quid item in pignore prætorio, diſce ex *l. Divus 15. §. 2. & ſeqq. de re jud. l. cum proponas, C. de bon. auct. jud. poſſeſſ. cap. quoad conſultationem, de ſentent. & re jud. Dyn. in l. ſi finita 15. §. Julianus 16. de damnat. inf. Neguſ. d. loc. num. 7. & ſeqq. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 165. vid. Merul. lib. 4. tit. 110. cap. 1. num. 10. Neoſtad. deciſ. 50. ſup. cur.* Finis venditi pignoris eſt, ut ex pretio inde relacto creditori ſatisfiat: quod ultra conſecutus eſt, id reſtituere debet, teneturque eo nomine actione pignoratitia: ſicut viceverſa in id, quod deeſt, creditori actio competit adverſùs debitorem vel fidejuſſorem ejus, *l. 6. de pign. act. l. 1. §. de diſtr. pign. l. 3. Cod. eod.* Illud poſtremò ſciendum eſt, ſi creditor ipſe pignus non poſſideat, ſed debitor vel alius, actione hypothecaria priùs rem evincendam, ac tum diſtrahendam eſſe. *Vveſemb. parat. de diſtr. pign. nu. 1. & 10.*

TEXTUS.

De pupillo qui licèt dominus, non tamen ſine tutoris auctoritate alienare poteſt.

2. *Nunc admonendi ſumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem ſine tutoris auctoritate alienare poſſe. Ideòque ſi mutuam pecuniam ſine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideòque vendicari nummi poſſunt, ſicubi extant. Sed ſi nummi, quos mutuò minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide conſumpti ſunt, condici poſſunt: ſi mala fide, ad exhibendum de his agi poteſt.*

NOTÆ.

2. *Ideoque ſi mutuam pecun.*] A remotione generis ad remotionem ſpeciei. Nam & mutui datio alienatio eſt, *l. 2. §. 2. l. 16. l. pen. D. de reb. cred. d. l. 9 princ. de auct. tut.* & in nativo ſuo ſignificatu; *l. 1. Cod. de fund. dot.* ita interp. omnes & noviſſimè Fabrot. & Grot. *in ſparſ. flor.*

Bona fide conſumpti] Conſumptio bona fide facta conciliat mutuum & condictionem parit, *l. 19. §. 1. D. de reb. cred.* Valetque hoc etiam in nummis alienis mutuò datis, *l. 11. §. ult. cum 2. ll. ſeqq. eod.*

Si mala fide, ad exhibend.] Nam qui dolo malo conſumpſit, pro eo eſt, ac ſi non conſumpſiſſet. Dolus enim pro poſſeſſione eſt, *l. 131. 150. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Corpora, quæ mutuò dantur, alienari. De quo cum D. Salmaſio ſermo.*
2. *Nummi quando conſumpti intelligantur.*
3. *Mutuum non confirmari conſumptione nummorum facta malâ fide.*
4. *Cur in caſu conſumptionis malæ fidei tantùm actionis ad exhibendum hic mentio fiat, emendato errore Cujacii.*

REdit ad eos, qui, cùm domini ſint, alienare non poſſunt. Meminit porrò unius pupilli; ſed ſunt in hoc numero plures: nam & puberes minores curatorem habentes huc pertinent, *l. 3. de reſt. in int. l. lex quæ 22. C. de adm. tut.* item is, cui bonis interdictum eſt; qui, cum de eo obligando, aut alienandò deminuendove ejus patrimonio agitur, in eadem cauſa cum furioſo habetur, *l. 6. de verb. obl. l. 12. in fin. de tut. dat.* tum etiam cæteri, qui ob vitium morbumve corporis in curatione ſunt, rerumque ſuarum adminiſtrationem non habent, de quibus *in §. 4. ſup. de curat. l. 8. §. 3. d. l. 12. in pr. de tut. & cur. dat.* Filius quoque familiæ non poteſt alienare bona adventitia, quorum uſumfructum pater habet, *l. ult. im. §. ipſum 5. verſ. Filius d. C. de bon. quæ lib.* Interdum cauſa, ex qua res traditur, alienationem impedit, ut donatio inter virum & uxorem, *& Cod. eod. titul.*

Sine tutoris auctoritate alienare] Alienatio à pupillo facta ſine tutoris auctoritate, ipſo jure nulla eſt: quippe cùm nec obligare ſe pupillus ſine tutoris auctoritate poſſit, *l. 9. & paſſim de auct. tut. l. 11. de acq. rer. dom.* Cæterum auctore tutore & obligari poteſt, modò infantiam exceſſerit, & res ſuas rectè alienat, *d. l. 9. l. 5. de reg. jur. § pupillus, infr. de inut. ſtip.* Res intellige, quarum alienatio ſine decreto non eſt interdicta. Nam prædia pupillorum olim ruſtica, poſtea omnia, etiam mobiles, quæ ſine detrimento ſervari poſſunt, abſque decreto magiſtratus alienari prohibita, *l. 1. & tot. tit. de reb. eor. qui ſub tut. & tit. C. de præd. & al. reb. min. ſine dec. non al. lex quæ, C. de adm. tut.*

Ideòque ſi mutuam pecuniam, &c. non contrahit obligationem] A genere ad ſpeciem. Pupillus nullam rem ſine tutoris auctoritate alienare poteſt: ergo nec mutuam pecuniam dando eam facit accipientis: quo fit, ut nec mutui obligatio contrahatur, nec condictio pupillo competat: ſiquidem mutui obligatio, niſi nummi accipientis fiant, non naſcitur, *l. 2. §. 2. de reb. cred.* Supponit igitur Imp. id quod mutuò datur, alienari, ſeu mutui dationem eſſe ſpeciem alienationis. Quod 1

& ali-

Digitized by Google

& alibi conſtanter traditum eſt, *l.9.pr.de auct.tut.l.16.l.pen.de reb.cred.* nec minùs perſpicuum, quàm verum: quippè cùm omnis actus, per quem dominium transfertur, verè & propriè ſit alienatio, *l.1.C.de fund.d.tit.* & ſine alienatione fieri non poſſit, ut dominium rei ab uno abeat, & per traditionem transferatur in alium. Conſtat autem, corpora ipſa, quæ mutuò dantur, deſinere eſſe dantis, & fieri accipientis ſeu aliena, ita ut vendicari aut ab eo avocari nequeant, *l.33.§.1.de donat.* Nec verò ideò minùs alienantur, quia accipiens obligatur ad rem ejuſdem generis reſtituendam, puta frumentum pro frumento, vinum pro vino. Quid enim refert ad alienationem ejus, quod datum eſt, utrùm mihi, verbi cauſa, frumentum ea lege datum ſit, ut pro eo vinum aut oleum viciſſim dem, uti fit permutatione; an frumentum ita datum, ut pro eo reddam aliud frumentum, ut fit in mutuo? Eſt igitur mutui datio, alienatio in nativo ſuo ſignificatu: & ita interp. omnes, ac noviſſimè *Fabrot ad Theoph. & Grot. in ſparſ. flor.* De quo cùm ſermonem haberem cum ſummo atque incomparabili viro D. Claud. Salmaſio, hactenus quidem mihi aſſenſus eſt, ut fateretur, corpus rei, quæ datur in mutuo, alienari: ſed negabat, ex eo effici, mutuum alienationem eſſe, niſi fortè materialiter. Propriè autem formaliter mutuum non poſſe dici alienationem, propterea quòd in eo nulla contingeret alienatio datæ quantitatis ſive ſortis, quæ diverſum quid eſſet à data ſpecie apud debitorem pereunte, & in qua propriè ſubſtantia mutui conſiſteret, uti rectè docuiſſet Car. Molin. *tract. de uſur.* Et ſimul interventu aliorum ſermo noſter interruptus eſt. Poteſt autem admitti D. Salmaſii ſententia, ſi appellatione mei & tui etiam obligationem & actionem comprehendas, ut fit interdum, *l.1.quod cert.loc.l.repetitio 44.de cond.ind.l.6.§.apud Labeonem, quæ in fraud. cred. l.91.de verb.ſign.* Propriè tamen loquendo nec ipſa ſors noſtra manet; nec enim quod nobis debetur, quod eſt in credito, propriè noſtrum eſt, *l.27.§.2.l.34.princ.de aur.arg.mund.leg. Boet. in Top. lib.2. pecunia in nominibus debita non eſt noſtra, ſed debitorum.* Et ita *in l.1.de lib.leg.* Et ideò creditori non vendicatio ſortis, ſed tantùm condictio datur, qua intendat, verbi cauſa, centum ſibi dari oportere: nemo autem rem ſuam condicit, aut ſibi dari oportere intendit, *§.14.infr.de act.l.ult.in fin.uſufr. quem. cav.* Non malè igitur mutuum à Cujacio definitur alienatio pecuniæ ſub lege reddendæ quantitatis ejuſdem, *parat. C. ſi cert. pet.*

Vendicari nummi poſſunt, ſicubi extant] Similis locus eſt *in l.11.§.ult.in.de reb.cred.* At, inquies de pupillo reſponſum eſt, eum ni præſente tutore ne poſſeſſionem quidem, quæ naturalis eſt, alienare poſſe, *d.l.11.de acq.rer.dom.* rationi autem juris non convenire, ut poſſidenti detur vendicatio adversùs eum, qui nec natura poſſidet. Reſp. ut vendicationi locus ſit, ſatis eſſe rem ab alio quovis modo detineri & reſtitui poſſe, *l.9.de rei vend.* adeòque pupillum, etſi animo deſinere poſſidere non poteſt, corpore tamen poſſe, atque in alium poſſeſſionem, quatenus facti eſt, ſine tutoris auctoritate transferre, *l. poſſeſſionem 29. de acqu. poſſ.*

Bona fide conſumpſit] Non eſt mirum, nullos apud actores plures & craſſiores errores reperiri, quàm apud ſcriptores notarum: quippe quibus tempus non eſt vanno aut cribro utendi. Dion. Gothofredus ad *l.9.§.2.de auct. tut.* ſcribit pecuniam in propoſito intelligi conſumptam, cum is, qui accepit, eam alteri reddidit aut in ſolutum dedit: utiturque argumento *l.non omnis 19.§.1.de reb.cred.* quo tamen loco hoc ipſum apertè negatur, & rectè. Nam datio in ſolutum aut creditum nō facit, quo minùs pecunia adhuc extet, & certò appareat. Quamdiu autem extat, & certò apparet, non poteſt dici conſumpta; & apud quemcūque, aut ubicumque extat, in eadem cauſa & ejuſdem manet, & à domino vendicari poteſt, ut proximè Imp. dixit. Quando igitur [illegible] nium intelligitur, nimirum cum quis ea ſic utitur, ut eo facto corpora ipſa nummorum, quæ data ſunt, non appareant. Id verò cōtingint, primùm corporibus ſublatis, veluti ſi quis ex accepta pecunia vas aliquod conflaverit. Quo facto pecunia extinguitur. Neque obſtat diſtinctio, *§.cum ex aliena, ſup.de rer. div.* Nam vas ex nummis aureis vel argenteis conflatum, ad rude quidem aurum vel argentum reduci poteſt, ad priorem ſpeciem ſive monetam non poteſt. Planè poſſunt auctoritate Principis nummi ejuſdem poteſtatis, & eadem figura inde cudi: ſed nova hæc moneta & ſpecies eſt, non illa, quæ priùs fuerat. Deinde etiam corporibus nummorum integris manentibus, veluti ſi quis nummos acceptos ita aliis miſcuerit, ut diſcerni non poſſint: nam etiam ea re eum, qui accepit, dominum fieri placet, *l.ſi alieni 78.de ſolut. Don. ad l.rogaſti 11.§.ult.n.9.* At, *bona fide*. Quod ergo *in d.l.non omnis, §.1.de reb. cred.* & ſi qui ſunt alii loci ſimiles, dicitur ſimpliciter, ſi pupillus ſine tutoris auctoritate credendi cauſa pecuniam dederit, conſumpta ea naſci condictionem, id *ex hoc loco junct.d.l.rogaſti 11.§.ult.d.tit.l.9.§.2.de auct. tut.* ſic interpretandum erit, ſi bona fide ab accipiente conſumpta ſit, ignorante ſcilicet, pupillum eſſe, qui credidit. Efficitque hoc etiam ratio juris, quia quæ dolo malo conſumpta ſunt, non alio loco jure habentur, quàm ſi adhuc extarent, nec conſumpta eſſent, *l. qui dolo 131. l.parem 150. de reg. jur.* ac proindè cùm malæ fidei conſumptio conſumentem dominum non faciat, nec mutuum ea conſumptione confirmabitur, *Don.d.loc.nu.7.* Quod verò D. Bachovius putat, non obſtare malam fidem, quominus conſumptione dominium quæratur; tamen bona fide tantum facta conſumptione, mutuum, quod ab initio non conſiſtebat propter inutilem numerationem, convaleſcere, id mihi planè ἀσύστατον videtur. Et ſententia Bachovii, quod per conſumptionem & ſimiles acquirendi modos dominium acquiratur, citra

con-

Digitized by Google

conſiderationem bonæ aut malæ fidei, etiam extra cauſam acceſſionis, ſupra à me refutata eſt *ſub §. cum ex aliena 25. de rer. div.*

Condici poſſunt] Quod valet in nummis alienis mutui datis, ut iis bona fide conſumptis, ei, qui dedit, condictio detur tamquam ex mutuo, *l. 11. §. ult. cum 2. ll. ſeqq. de reb. cræd.* id valet & in ea pecunia, quæ dantis fuit, ſi is rei ſuæ alienandæ facultatem non habuit, qualis eſt pupillus. Quapropter ſi pupillus ſine tutoris auctoritate crediderit, conſumptis nummis & illi condictio naſcitur, *l. non omnis 19. §. de reb. cred.* & omnino quæ tranſlatæ ab initio pecuniæ vis eſt, eamdem eſſe placet & bona fide conſumptæ, quaſi tranſlatæ: unde rectè dicitur, quod ab initio non valebat ex numeratione, confirmari pecuniæ conſumptione bona fide facta. *DD. in d. l. 11. §. ult. & d. l. 19. §. 1.*

Si mala fide, ad exhibendum] Puto tamen, & condictionem in propoſito dari, non quidem quaſi ex mutuo, quia conſumptio mala fide facta dominum non facit, ut paulò antè probavimus: ſed condictionem ſine cauſa, ut pote quam conſtat etiam adverſùs prædonem fructuum conſumprorum nomine dari, *l. 3. Cod. de condict. ex leg. l. 4. Cod. de crim. exp. her.* Ait, *ad exhibendum*. Imò & in rem, inquit Cujacius: quoniam mala fides pro poſſeſſione eſt. Sed, inquit, in rem utilis eſt, ad exhibendum directa: quare commodiùs agi
4 ad exhibendum, quàm in rem. Quàm falſum eſt, & inconſideratè à Cujacio prolatum. Non enim magis fieri poteſt, ut contra eum, qui poſſidere deſiit, detur directa ad exhibendum actio, quàm directa in rem: cùm ille non magis exhibendi, quàm reſtituendi facultatem habeat. Sed ut contra poſſidentem rem mobilem utraque directa eſt, ita contra eum, qui dolo malo deſiit poſſidere, utraque utilis. Nam quòd dolus pro poſſeſſione eſt, id non ex vero, ſed ex interpretatione eſt & fictione juris, quæ utili tantùm actioni locum facit. Cur igitur actionis ad exhibendum meminit dumtaxat? Quia utili judicio ad exhibendum ſemper conſequitur actor id totum, quod ſua intereſt, *§. 3. infr. de off. jud.* vel permittitur rei petitæ æſtimatio ipſius jurisjurando, ut fit in eadem actione directa, ſi poſſeſſor per contumaciam rem non exhibeat: quo caſu per juſjurandum in litem petitoris poſſeſſorem damnari certum eſt, *l. 3. §. 2. ad exhib.* Cùm igitur præparatorio judicio illud ipſum conſequatur actor, quod rem vendicando conſecuturus eſſet, nihil ſupereſt, quod alia actione perſequatur. Ita in ſimili Juriſconſultus, *d. l. 11. §. de reb. cred. Vindicari nummi poſſunt, ſi extant, aut, ſi dolo malo deſinant poſſideri, ad exhibendum agi*. Cujus loci lectionem fruſtra Donellus conatur emendare.

TEXTUS.

3. *At ex contrario omnes res pupillo & pupilla ſine tutoris auctoritate rectè dari poſſunt. Ideòque ſi debitor pupillo ſolvat, neceſſaria eſt debitori tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentiſſima ratione ſtatutum eſt in conſtitutione, quam ad Cæſarienſes advocatos ex ſuggeſtione Triboniani viri eminentiſſimi, Quæſtoris ſacri palatii noſtri, promulgavimus: qua diſpoſitum eſt, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem ſolvere, ut priùs judicialis ſententia ſine omni damno celebrata hoc permittat. Quo ſubſecuto ſi & judex pronuntiaverit, & debitor ſolverit, ſequatur hujuſmodi ſolutionem pleniſſima ſecuritas. Sin autem aliter quàm diſpoſuimus, ſolutio facta fuerit, pecuniam autem ſalvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior ſit, & adhuc eamdem pecuniæ ſummam petat, per exceptionem doli mali poterit ſubmoveri. Quòd ſi malè conſumpſerit, aut furto aut vi amiſerit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, ſed nihilominus condemnabitur: quia temerè ſine tutoris auctoritate, & non ſecundùm noſtram diſpoſitionem ſolverit. Sed ex diverſo pupilli vel pupillæ ſolvere ſine tutoris auctoritate non poſſunt, quia id, quod ſolvant, non fit accipientis: quum ſcilicet nullius rei alienatio eis ſine tutoris auctoritate conceſſa ſit.*

NOTÆ.

3. *Ideòque ſi debitor*] Illatio non ex proxima, ſed ex ſuperiore ſententia, propoſita in pr. ſc. pupillum nihil ſine tutore alienare poſſe, quod hic fieret, ſi liberaretur debitor. Alienaret enim & perimeret obligationem & actionem, *l. 15. l. 22. D. de ſolut.*

Non liberabitur] *d. l. 15.* licèt dominium rei ſolutæ transeat. Liberatur autem ipſo jure, ſi pupillo auctoritate tutoris, aut ipſi tutori ſolverit, *l. 46. §. 5. D. de adm. tut.*

Ad Cæſarienſes advocatos] Intelligit *l. 23. C. de adm. tut.* quæ miſſa eſt ad Joannem præfectum prætorio, cujus in auditorio militabant advocati, qui erant in urbe Cæſarea, non illa Cappadociæ, ut Cujac. & Fabror. ſed Paleſtinæ, *l. 27. C. de fidejuſſ.*

Ita licere tutori, &c.] Locutio implicata, quæ ſic ordinanda, *ita licere*, id eſt, permitti, *debitorem pupillarem ſolvere, tutori, &c. ſolvere*, id eſt numerare quod debetur. Th. καταβαλεῖν. μετρῆσαι τὴν καταβολήν.

Indi-

Iudicialis ſententia] Excipiuntur redditus annui, cæterarum rerum penſiones, *d. l. leg.* 25.

Sine omni damno] Th. *δίχα πάσης δαπάνης*, ſine ulla impenſa debitoris.

Pleniſſima ſecuritas] Ita ut nec in integrum reſtitutioni ſit locus; quod beneficium ſola tutoris aut curatoris interveniens auctoritas non excludit, *tit. C. ſi tut. vel cur. int.*

Salvam habeat, aut locupletior] *L. 15. l. 47. & 66. de ſol. l. 4. §. 4. de dol. exc. l. 14. D. de cond. ind. l. 56. de reg. jur.* Non debet pupillus occaſionem juris ad iniquum trahere cum detrimento alieno compendium, *l. pen. in fin. de reb. eor. qui ſub tut.* Quando locupletior factus intelligatur, & quo tempore id inſpiciatur, diſce ex *l. 4. D. de except. d. l. 47. pr. & §. 1. de ſolut.*

Male conſumpſerit] Th. *κακῶς ἐδαπάνησε*, per luxum prodegerit.

Aut vi] Deeſt in vet. lib. Cujac. Hotom. nec Th. habet.

Non ſit accipientis]. Nec ipſe pupillus liberatur. Cæterum ſicut nummis, quos mutuò dedit, conſumptis, condictio ei naſcitur; ita & conſumptis, quos in ſolutum dedit, contingit ei liberatio, *l. 19. §. 1. D. de reb. cred. l. 9. §. 2. D. de auct. tut. l. 14. §. ult. de ſolut.*

Nullius rei alienatio] Argumentatio à genere ad ſpeciem, quæ valida eſt *ἀνασκευαστικῶς*. Nota, & ad ſpeciem eſſe ſpeciem alienationis, *d. l. 9. §. 2. D. de auct. tut. l. pen. D. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1 *Debitorem pupillo ſine tutoris auctoritate ſolventem non liberari, licèt dominium rei ſolutæ transferat.*

2 *Pupillo, in quem ſolutio collata, rectè ſolvi etiam ſine tutoris auctoritate.*

3 *Quis ſit ſenſus verborum hujus §. ita licere tutori vel curatori, &c.*

4 *Adverſus ſolutionem factam ex præſcripto Iuſtiniani, pupillum, aut adultum beneficio ætatis non reſtitui.*

5 *Quid ſi nummos ſine tutore aut judice ſibi ſolutos ſalvos habeat pupillus.*

6 *Cujus periculo ſit pecunia, quam pupillus in ſolutum dedit.*

S*Ine tutoris auctoritate dari*] Pupillus quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l. 11. de acquir. rer. dom.* ſemper enim conditionem ſuam meliorem facere poteſt, *ſup. de auct. tut. in princ.*

Ideòque ſi debitor] Hotom. & Vveſemb. pro, *ideòque*, legendum cenſent, *quanquam*. Quia nulla hic concluſio ex præcedente propoſitione, ſed diverſæ cauſæ propoſitio, præcedentis regulæ exceptio: niſi hoc in præcedentibus dicamus ſubintelligi oportere, ut ſcilicet quidvis pupillo rectè detur ſine tutoris auctoritate, cæterum hactenus, ut ex eo pupillus ipſe neque obligari, neque obligationem alienare aut tollere poſſit. Alii hic illationem fieri ajunt non ex proxima, ſed ex ſuperiore ſententia §. *præc. in pr.* ubi traditum, pupillum nullam rem ſine tutore alienare poſſe: huic enim eſſe conſequens, ut nec ſine tutoris auctoritate pupillo rectè ſolvatur. Quippè admiſſa ſolutione debitorem liberari, pupillumque obligationem & actionem, quam habebat, alienare aut perimere, *l. pupillo, 15. de ſolut.* quod ut ſpecioſiùs dicatur, ex duobus hiſce §§. unum faciunt. Sed pergamus.

Si non ſolverit auctoritate tutoris, non liberabitur] Licèt dominium rei ſolutæ transferat. 1
Nam quemadmodum, qui cum pupillo contrahit, pupillo obligatur, quamvis pupillum ſibi non obliget, *ſupr. de auct. tut. in pr. l. Iulianus 13. l. ſi quis 29. de act. empt.* ita qui cum pupillo obligationem vult diſtrahere ſolvendo, licèt ex ſolutione dominium in pupillum transferat; ſe tamen a pupillo, qui per ſe neque contrahere, neque diſtrahere obligationem poteſt, non liberat, *d. l. 15. de ſolut. l. 5. de reg. jur.* Debet itaque debitor, ſi liberari velit, pupillo ſolvere eum auctoritate tutoris, vel ipſi tutori: nam & hoc caſu æquè liberatio ipſi jure contingit, *l. Lucius 46. §. tutelæ de adm. tut.* Pupillum autem in- 2
telligimus creditorem: nam ſi pupillus ſolutionis cauſa tantùm adjectus ſit, hoc eſt, ſolutio ſive jus ſolvendi in eum collatum, puta ſi quis ſtipulatus ſit tibi, aut Titio pupillo dari, promiſſor & ſine tutoris auctoritate ſolvendo pupillo liberabitur, *l. ſi ſtipulatus 11. de ſolut.* ſcilicet quia ex hujuſmodi ſtipulatione nullum jus obligationis pupillo quæritur. Et ſolutio ſic accipiatur, quaſi ipſi creditori ſolutum eſſet, qui ita ſibi ſolvi voluit, *l. ſi ita ſtipulatus 59. d. tit.* de quo ex profeſſo infrà *§. ſi quis alii 4. de inut. ſtip.*

In conſtitutione, quam ad Cæſarienſes advocatos] Miſſa eſt hæc conſtitutio ad Joannem præfectum prætorio: intelligit enim *leg. ſancimus 25. Cod. de admin. tut.* quòd ipſa verba iſtius conſtitutionis, quæ huc tranſlata ſunt, oſtendunt. Promulgata tamen hic dicitur ad Cæſarienſes advocatos, nimirum quia ad interrogata eorum & conſultationem emiſſa eſt, ut arguunt multæ aliæ conſtitutiones, *leg. ultim. Cod. de pact. leg. ſi major, Cod. de legit. hæred. leg. ſi fidejuſſor. 27. Cod. de fidejuſſ. leg. optimam, Cod. de cont. ſtipul. junct. §. item verborum, infr. de inut. ſtip.* quæ omnes ad diverſas conſultationes & quæſtiones à Cæſarienſi advocatione propoſitas ſcriptæ, & ad eumdem Joannem P. P. miſſæ ſunt; quippè cujus auditorio advocati Cæſarienſes militabant. Intelligi autem advocatos, qui erant in urbe Cæſarea, non illa Cappadociæ, ut Balduinus, Cujac. & Fabrot. exiſtimant, ſed Palæſtinæ, perſpicuum eſt ex *dict. leg. ſi fidejuſſ. Cod. de fidejuſſ.* ubi eadem advocatio, quæ paſſim Cæſarienſis Palæſtina appellatur.

Ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem ſolvere] Locutio implicata, quæ ſic conſtruenda & ordinanda eſt: *Ita licere* (id eſt, *permitti, jus eſſe*) *debitorem pupillarem ſolvere tutori* 3

vel curatori, &c. *Solvere*, id eſt, *numerare quod debetur*. Theophilus *ποιήσασθαι τὴν καταβολήν*. Anton. Fab. 13. *conject*. 13. *& jurisp*. 12. *pr* 7. *illat*. 43. huic orationi alium ſenſum affingit, quaſi ita ſcriptum eſſet; *Ita licere tutori vel curatori debitorem pupilli, vel adulti abſolvere & liberare* (qui ſcil. antea pupillo, aut adulto ſolvit ſine tutoris aut curatoris auctoritate, vel cùm adhuc tutorem aut curatorem non haberent) *ſi prius judicialis ſententia*, &c. Sed præterquam quòd hæc locutio non facilè obvia, *ſolvere debitorem*, pro liberare obligatione; quamquam unus & alter locus occurrit, in quo debitor ſolutus pro liberato dicitur, *l. decem* 126. *de verb. obl. l. ſi ex pluribus* 16. *de accept*. pugnat illa Fabri expoſitio manifeſtè & cum ſententia & cum verbis Juſtiniani, quæ ille mirè torquet, ne videantur obſtare iis, quæ ex cerebro ſuo comminiſcitur contra veram & receptam ſententiam. Quæ hæc eſt: Quamvis ipſi tutori, ejuſve auctoritate pupillo, facta ſit ſolutio, eaque ſolutione debitor ipſo jure liberetur; nihilominus tamen, pecunia malè conſumpta, malève collocata, patere pupillo ſi tutor ſolvendo non ſit, reſtitutionem in integrum, niſi ſententia judicis intervenerit, *l.* 1. *Cod. ſi adv. ſol. l.* 2. *C. ſi tut. vel cur. int. Vid. Gomez.* 2. *reſol.* 14. *num.* 4. *Maurit. de reſt. in int. cap.* 176. *& ſeq. Briſſon. lib.* 1. *de ſol. ſect.* 4.

Si prius judicialis ſententia] Excipiuntur reditus annui, & cæterarum rerum penſiones, quæ minoribus tutore aut curatore auctore, aut ipſi tutori curatorive, etiam ſine judice tutò ſolvuntur; *dict. leg. ſancimus* 25. *Cod. de admin. tut.* Siquidem & moleſtum eſſet, quotannis adire judicem; & incommodum minori, diu differri ſolutionem ejus rei, unde ferè ali ſolet. Quod tamen & ipſum ſic poſteà Juſtinianus temperavit, ſi non excederent metas biennii aut ſummam centum ſolidorum, *leg. conſtitutionem* 27. *Cod. d. tit.*

Sine omni damno] Id eſt, ut Theophilus interpretatur, *δίχα πάσης δαπάνης*, ſine ullo ſcilicet ſumptu aut impenſis in judicium, ſcribarum, viatorumve mercedes. Nam iniquum eſſet, debitorem ſumptu onerari ex perſona creditoris.

Sequitur hujuſmodi ſolutionem pleniſſima ſecuritas] Ita ut nec adversùs ſolutionem decernente 4 judice factam beneficio ætatis in integrum reſtitui poſtulans audiatur. Cui non obſtat, quod placet, minorem etiam reſtitui contra factam ex decreto judicis venditionem, *l.* 11. *C. de præd. min.* nam debitor ex neceſſitate ſolvere tenetur: emptor poteſt non emere. Jure veteri quoque hoc obtinuit, ut ſolutio decernente ac ſtatuente judice facta a debitore minoris pleniſſimam liberationis ſecuritatem pareret: & procedebat hoc ita, etiamſi minori curatorem non habenti decernente judice ſolutum eſſet, *L.* 7. §. 2. *de minorib.* Cæterum liberatio nihilominùs ipſo jure contingebat, ſi tutori vel curatori ſolutio facta eſſet, quantumvis ſine judice: ſolùm hic ſupererat adhuc metus aliquis reſtitutionis in integrum, ſi fortè pecunia malè collocata, & tutor vel curator ſolvendo non eſſet. Poſt cōſtitutionem autem Juſtiniani dicendum videtur, ſolutionem ſine judice factam, aut ad liberationem ipſo jure non prodeſſe, licèt tutor vel curator intervenerit; aut ſi adhuc debitores ita liberari placet, minùs, quàm olim, hoc caſu ſecuros eſſe: quippè olim priùs tutores & curatores actione ordinaria conveniēdos fuiſſe, & demum ſi illi ſolvendo non eſſent, patuiſſe minoribus remedium extraordinarium. Hodie verò eſſe, quod de ſe querantur debitores quòd non ſolverint ſecundùm præſcriptum conſtitutionis Juſtinianeæ.

Pecuniam autem ſalvam habeat] Et ſi ſolutio- 5 ne ſine tutore judiceve facta eamdem pecuniam petere adhuc pupillus poteſt, aut ipſo jure, aut per reſtitutionem in integrum: ſi tamen nummi ſalvi ſint, eoſque penes ſe domi pupillus habeat, iterum petentem eum doli mali exceptione debitor removebit, quòd iniquum contra bonam fidem lucrum captet, *leg. pupillo* 25. *de ſolut. l. bona fides* 57. *de reg. jur. l. pen.* §. 1. *de reb. cor. qui ſub. tut.* Eodemque modo conſumptis nummis, ſi ex his locupletior factus iterum petat, exceptione repelletur, ne ditetur cum alieno detrimento, contra quam natura æquum eſt, *l.* 4. §. *ſi quis* 4. *de dol. mal. exc. l. in pupillo* 47. *de ſolut. l. nam hoc* 14. *de cond. ind.* Qua de cauſa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum eſt, quatenus patrimonium ejus auctum ſit: ut nihil mirum, ſi ſolutione locupletatus iterum petens exceptione ſummoveatur, cùm etiam ultrò adversùs eum factum locupletiorem ex contractu negotiove geſto actio competat, *l.* 3. §. *pupillus*, *l.* 6. *in pr. de neg. geſt. l.* 5. *in pr. &* §. 1. *de auct. tut. leg. naturaliter* 13. §. 1. *de cond. ind.*

Aut ex ea locupletior] Locupletior factus intelligitur, ſi ex pecunia ſoluta rem aliquam ſibi comparavit, quam etiam nunc habet, *l.* 4. *de except.* aut ſi ea quovis modo in rem ejus verſa ſit, *l. ſi pupilli* 66. *de ſolut.* Hoc ampliùs & ſi rem ſibi neceſſariam ex nummis ſolutis pupillus emit, quàm alioqui de ſuo empturus fuerat, licèt ea ante litem conteſtatam perierit, quaſi locupletior factus intelligitur; quia tantumdem de ſuo perditurus erat, etiamſi nummos ſolutos non accepiſſet, *leg. in pupillo* 47. §. 1. *de ſolut.* Utrùm autem pupillus locupletior factus ſit, necne, in hujuſmodi quæſtionibus eo tempore ſpectatur, quo agitur, ſeu tempore litis conteſtatæ, *dict. leg. in pupillo*, §. 1. *l.* 4. *de except. l. his is* 36. *de neg. geſt.*

Quòd ſi malè conſumpſerit] Si pupillus, cui ſine tutore aut judice ſolutum eſt, pecuniam ſalvam non habeat, neve ex ea locupletior factus ſit ſed malè, profusè, *ἀσώτως* eam conſumpſerit, non juvabit debitorem doli mali exceptio, ſed iterum eamdem ſummam ſolvere cogitur. Planè ſi pupillus partem adhuc ſalvam habeat, aut pars in rem ejus verſa ſit, hactenus proderit debito-

ri do-

ſi doli mali exceptio, ne ultra condemnetur, quàm pupillo abeſt. Ex his autem quæ diſputata ſunt, intelligimus quid ſibi velit. Accurſius: qui in *l.7.§.2.de minoribus*, ſcribit, debitorem pupillarem ſolventem, triplicem poſſe conſequi liberationem, aut ſecuritatem; plenam, pleniorem, & pleniſſimam. Plenam, ſi pupillo ſine tutoris, aut judicis auctoritate ſolverit, & pecunia pupillo iterum petenti ſalva ſit, inve. rem ejus verſa, ut *hic & ſupra dd.ll.* in quo effectum rei ſpectavit: nam vi ipſa debitor eſſe deſinit, qui exceptionem perpetuam ſibi quæſivit, *l.10. l.crediter.55.l.debitor.108.de reg.jur.* Pleniorem ſi ſolverit tutori, ejuſve auctoritate pupillo, non interveniente judicis ſententia: quo caſu quidem liberatio ipſo jure procedit, ita tamen, ut relinquatur adhuc metus aliquis reſtitutionis in integrum, *l.1.Cod.ſi adver.ſol.* Pleniſſimam, ſi ſolutio facta ſit auctoritate, & decreto judicis; quod cum factum eſt, etiam reſtitutionis metus omnis tollatur. Quæ eadem Bartoli in *dict. l.7. §.1.* cæterorumque interpretum diſtinctio eſt, ab Antonio Fabro multis quidem verbis, ſed nulla probabili ratione improbata, *lib.17. conj.13.*

Ex diverſo pupilli ſolvere ſine tutoris auctoritate non poſſunt] Quemadmodum pupillus mutuum dando non contrahit obligationem; quia pecuniam non facit accipientis: ita eadem ratione nec ſolvendo creditori ſuo, quod debet, liberatur. Cæterum quemadmodum conſumptis nummis, quos mutuò dedit, condictio ei naſcitur: ita & conſumptis, quos dedit in ſolutum, contingit ei liberatio, *l. non omnis 19.§.1.de reb. cred. l.9.§.2.de auct.tut.l.14.§.ult.de ſolut.* Quid ergo, ſi nummi, quos pupillus ſine auctoritate 6
tutoris credidit, aut in ſolutum dedit, caſu apud eum, qui accepit, perierint? utrius periculum & jactura erit? Donellus *d.l.19.§.1.* Azonem ſecutus pupilli periculum eſſe putat: quoniam ita jus ſit, ut res pereat ſuo domino, *l.6.l.9.Cod. de pign. act.* Sed rectè cum *Gloſſ. & DD. comm. Zaſ. ibid. num.8.* contrarium defendit, ne, quod favore pupilli introductum eſt, ut ne credendo aut ſolvendo dominium transferat, in perniciem ejus vertatur, contra *l.quod favore, Cod. de legibus*: & quod dicitur, caſus fortuitos ſpectare dominum, hanc exceptionem habere intelligi debet, niſi quis propter favorem dominus remaneat, aut jure ſingulari dominium non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere: ſed quoad cætera perinde habendum, ac ſi quis alius credidiſſet aut ſolviſſet.

TITULUS IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

C. Lib. 4. Tit. 27.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

Hic titulus totius ſuperioris diſputationis quandam quaſi ampliationem continet, oſtendens, non ſolùm nobis acquiri ἀμέσως per noſmetipſos; verùm etiam per alios ἐμμέσως. Perſonæ, per quas acquirendi facultatem habemus, enumerantur in principio: ex qua enumeratione perſpicuum eſt, eos, per quos nobis acquiratur, oportere nobis ſubjectos eſſe, vel revera, ut ſunt liberi noſtri, quos in poteſtate habemus; item ſervi, tum noſtri, tum aliquatenus etiam alieni, in quibus uſumfructum habemus: vel juſta noſtra opinione, ut ſunt ſervi alieni & liberi homines, quos bona fide poſſidemus. De quibus ſingulis cum explicatum eſt, removetur hinc perſona extranea, utpotè per quam excepta cauſa poſſeſſionis nihil acquiri poſſit: ac poſtremò ab acquiſitione rerum ſingularum tranſitur ad modos, quibus acquirimus res univerſas.

TEXTUS.

Summa.

Acquiritur vobis non ſolùm per voſmetipſos, ſed etiam per eos, quos in poteſtate habetis: item per ſervos, in quibus uſumfructum habetis: item per homines liberos, & per ſervos alienos, quos bona fide poſſidetis: ac quibus ſingulis diligentius diſpiciamus.

NOTÆ.

Quos bon. fid. poſſidetis] ergo non tantùm per eos, qui revera nobis ſubjecti ſunt, acquirimus, ſed etiam qui juſta opinione noſtra.

COMMENTARIUS.

Acquiritur vobis] In aliis libris hæc & quæ porrò ſequuntur, leguntur, in prima perſona, *acquiritur nobis*, &c. uti apud Gajum *l.10. de acq.rer.dom.* unde hic titulus per magnam partem deſcriptus eſt: eoque modo etiam Theoph. hunc locum reddidit, & legendum cenſent Cujac. Bato. Vveſemb. Mihi, utro modo legas, parum referre videtur.

In poteſtate] Non dixit, *in dominio*, ſed generaliter, *in poteſtate*, ut uno verbo, & filiosfam. & ſervos comprehenderet. Nam poteſtatis verbo in perſona liberorum patria poteſtas, in perſona ſervi dominium ſignificatur, *leg. poteſtatis 215. de verb.ſign.*

Digitized by Google

TEXTUS.

De liberis in poteſtate.

1. *Igitur liberi veſtri utriuſque ſexus, quos in poteſtate habetis, olim quidem quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet caſtrenſibus peculiis) hoc parentibus ſuis acquirebant ſine ulla diſtinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam eſſet iis licentia, quod per unum vel unam eorum acquiſitum eſſet, alii filio, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum viſum eſt: & generali conſtitutione emiſſa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reſervavimus. Sancitum etenim à nobis eſt, ut ſi quid ex re patris ei obveniat, hoc ſecundùm antiquam obſervationem totum parenti acquiratur. Quæ enim invidia eſt, quod ex patris occaſione profectum eſt, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia cauſa ſibi filiusfamilias acquiſivit, hujus uſumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne, quod ei ſuis laboribus vel proſpera fortuna acceſſerit, hoc in alium perveniens, luctuoſum ei procedat.*

NOTÆ.

1. *Olim quidem*] Hoc ad tempora Julii, aut Auguſti & ſequentia referendum, quia excipit peculia caſtrenſia. Florente enim republ. liberi parentibus omnia ſine exceptione jure poteſtatis acquirebant, quaſi ſervi; ut ὑποχείριοι καὶ δοῦλοι τῶν πατέρων. Dion. Halic. *lib.* 8.

Caſtrenſibus peculiis] Quæ primùm filiisfam. militibus conceſſa; poſteà etiam veteranis, ſeu militia miſſis, *pr. inf. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Juven. *ſat.* 16. Poſtremò ad exemplum caſtrenſis etiam quaſi caſtrenſe peculium exceptum, quaſi militum contemplatione litteratæ militiæ, §. *ult. inf. de mil. teſt.*

Sine ulla diſtinctione] Id eſt, peculium omne paganum pleno jure patri acquirebatur. Non diſtinguebant inter profectitium & adventitium, neque inter uſumfructum & proprietatem.

Generali conſtitutione] *L. 6. Cod. de bon. quæ liber.* qua quod circa bona materna & materni generis, item lucra nuptialia jam ante à diverſis principibus ſtatutum erat, *l. 1. & 2. C. de bon. mat. l. 1. 2. 6. & 7.* C. Theod. *l. 1. & 4. C. de bon. quæ lib.* ne ἀσύμβολος abiret, produxit ad bona omnia adventitia.

Honorem debitum] Th. Τὸ ἀποτεταγμένον ἐφύλαξεν, *debitum reſervavit*, & vox *honorem* abundare videtur Cujac. quoniam hic non agitur de honoris debito, ſed acquiſiti. Deeſt quoque in emendatiſſimis editionibus, teſte Fabrot.

Ex re patris] Ex ſubſtantia patris, *arg. d. l. 6.* eodem tamen jure habendum, & quod filio obvenit occaſione & contemplatione patris, argum. *l. 21. & ſeq. D. de uſufr. l. 10. §. 6. in fin. de vulg. & pup. ſubſt.*

Uſumfructum patri] Quidam etiam caſus ſunt, quibus peculii adventitii plena proprietas filio acquiritur, *l. ultim. §. 1. Cod. de bon. quæ lib.* auth. *excipitur, cum l. ſeqq. Cod. eod. Peculium adventitium*, ἔξωθεν, ἐπήλυτον, Gloſſ. lat. gr. quod aliunde, quàm à patre, obvenit, & quaſi τυχηρός.

COMMENTARIUS.

1 *Poſt occupatam demum remp. filiisfam. primùm militibus, deinde etiam veteranis peculium caſtrenſe pleno jure conceſſum; procedente tempore, & quaſi caſtrenſe.*
2 *Quid ſit peculium filiifam. quot ejus ſpecies, & quid ſingulæ.*
3 *Tranſlato in Thraciam imperio, primùm bonorum maternorum, mox etiam materni generis, & lucrorum nuptialium, noviſſimè omnium adventitiorum proprietatem filiiſfam. conceſſam, ſolo uſufructu apud patrem relicto.*
4 *Quid moribus noſtris, & Gallorum.*

E*Xceptis caſtrenſibus peculiis*] Florente republ. peculium filiifam. uniuſmodi fuit. Nam ut ſervus domino, ita filius patri cuncta pleno jure acquirebat: idemque planè jus & in corpus & in bona liberorum pater habebat, quod dominus in ſervos: cujus rei inter alios teſtis locuples eſt Dionyſ. Galicarnaſſenſis *lib.* 8. Romani, inquit, proprium nihil poſſident, quamdiu patres eorum in vita manent: ſed & pecuniæ & corpora filiorum parentum poteſtati arbitrioque permiſſa ſunt: omniaque parentibus acquirunt quaſi ſervi, ut ὑποχείριοι καὶ δοῦλοι τῶν πατέρων. Verùm Imperatores, ut præmio aliquo adoleſcentes ad militiæ labores invitarent, eorumque ſibi conciliarent ſtudia, caſtrenſe peculium filiisfamil. pleno jure conceſſerunt, primùm militibus, poſteà etiam veteranis ſeu à militia dimiſſis, *inſr. quib. non eſt perm. fac. teſt. in pr.* Ex quo filiifamil. in hoc peculio jus ac vicem patrumfamil. obtinere cœperunt, *l. 2. de ſenat. Mac.* Idque ſignificat Juvenalis *ſatyr.* 16. his verſibus:

Nam quæ ſunt parta labore
Militiæ, placuit non eſſe in corpore cenſus,
Omne tenet cujus regimen pater.

Igitur quod ait, *olim quidem*, &c. excipiens peculia caſtrenſia, id ad tempora Julii aut Auguſti & ſequentia referendum eſt, *l. 1. de teſtam. mil. d. pr. inf. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Poſtremò, nec multo poſt, ad exemplum caſtrenſis peculii etiam quaſi caſtrenſe peculium exceptum & filiisfamil. permiſſum eſt, §. *ult. inf. de mil. teſt.* Planè hactenus

nus

Digitized by Google

nus adhuc diu jus vetus patri conſervatum fuit, ut ſi filius inteſtatus deceſſiſſet, bona caſtrenſia pater jure peculii occuparet, *l. 1. de caſtr. pec.* de quo plura alibi.

Sine diſtinctione] Profectitii ſcil. vel adventitii peculii, proprietatis & uſusfructus, inter quæ primus Juſtinianus eſt, qui differentiam genera-
2 li lege introduxit. Ex his porrò pater, quicquid filiusfam. habet, ſive conceſſione patris, ſive partum ſuo labore, aut aliena liberalitate collatum, id uno nomine peculium filiifam. appellari; atque hoc docendi gratia ex ratione novi juris in duo genera poſſe dividi, ut dicamus peculium filiifam. eſſe vel militare, vel paganum; & utriuſque iterum duas eſſe ſpecies inferiores, illius caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe, hujus profectitium & adventitium. Caſtrenſe eſt, quod per occaſionem armatæ militiæ filius ſibi acquiſivit: quo quid contineatur, docent *l. caſtrenſe 11. de caſtr. pec. l. 1. Cod. eod.* Quaſi caſtrenſe eſt, quod in toga operam reipub. navans paravit, puta ex profeſſione liberalium artium, ex officiorum publicorum emolumentis, ex patrociniis cauſarum, & urbana illa inermique militia, *l. ult. Cod. de inoff. teſtam. l. 4. l. advocati Cod. de adv. div. jud.* Liberalitatem quoque à Principe in filiumfamil. collatam inſtar caſtrenſis peculii haberi placuit, *l. 7. Cod. de bon. quæ lib. in pot.* Utrumque hoc genus ita proprium filiifam. eſſe placuit, ut de eo ſtatuere poſſit non ſecus, ac ſi paterfam. eſſet, *d. pr. infr. quib. non eſt perm. fac. teſt. l. 1. §. nec caſtrenſe 15. de collat. l. 2. de ſen. Mac. Add.* quæ notavimus ſub §. *ult. infr. de mil. teſt.* Profectitium peculium eſt, quod à patre ſive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiſcitur. Adventitium, quod aliunde filio obvenit, ſive id laboribus ſuis acquiſivit extra cauſam armatæ, aut cogatæ militiæ, ſive proſpera fortuna ei acceſſit, puta ex materna maternive generis hæreditatibus, lucris nuptialibus, legatis, & hæreditatibus amicorum, *l. 6. Cod. de bon. quæ lib. & hoc text. in fin.* Illud totum patri ſecundùm antiquam obſervationem adhuc acquiritur: hujus in univerſum proprietas filio data eſt conſtitutione Juſtiniani, ſolo uſufructu patri relicto: de quo mox fuſiùs.

Alii filio vel extraneo donare] Conſequens hoc omninò rationi antiqui juris. Nam cum utriuſque hujus peculii pleno jure pater dominus eſſet, licere utique etiam ei debuit pro arbitrio de utroque ſtatuere, & quod labore Titii filii acquiſitum eſſet, Mævio donare, vel in proprias rationes convertere. Hinc porrò etiam eſt, quòd patre mortuo peculium paganum omne, niſi legatum eſſet, fratribus conferendum erat, *l. certum 13. Cod. fam. erc. leg. filiæ 12. Cod. de collat.* quod in adventitio mutavit Juſtinianus, *l. ult. in. C. d. tit.* convenienter priori ſuæ conſtitutioni, *l. cum oportet 6. C. de bon. quæ lib. in poteſt.*

Generali conſtitutione emiſſa] Cùm olim bona
3 omnia adventitia non minus, quàm profectitia, pleno jure patris eſſent, Conſtantinus detraxit bona materna, quorum uſumfructum tantùm patri, filio proprietatem tribuit, *l. 1. Cod. de bon. matern. l. 1. & l. 2. C. Theod. eod.* Gratianus, Valentinianus, & Theodoſius idem ſtatuerunt de bonis materni generis, id eſt, ex materna cognatione delatis, *l. 6. C. Theod. eod.* eoſque ſecuti Arcadius & Honorius *l. 2. C. d. tit. l. 7. C. Theod. eod.* Theodoſius porrò & Valentinianus, Leo & Anthemius, hoc etiam ad lucra nuptilia & ſponſalitia produxerunt, *l. 1. l. 4. Cod. de bon. quæ lib.* Poſtremò Juſtinianus generali conſtitutione emiſſa, quacumque ex cauſa filio quid acquiſitum eſſet, quod adventitio peculio attribueretur, id omne ejuſdem juris eſſe voluit, *d. l. cum oportet, C. eod. tit.*

Si quid ex re patris, hoc ſecundùm antiquam obſervationem] In profectitio peculio nihil Juſtinianus mutavit: ſed quicquid ex re patris filio obvenit, id totum vult patri acquiri, ſecundùm obſervationem juris antiqui. Planè poteſt nihilominus aliquid commodi ex conceſſione hujus peculii ad liberos redire: nam & emancipatos ſequitur, niſi nominatim ademptum ſit, *l. donationes 31. §. 2. de don.* & bonis patris publicatis ſeparatur & conſervatur liberis, *l. 3. §. ſed utrum 4. in fin. de minor.* Ait, *ex re patris, in dict. l. cum oportet, ex ſubſtantia patris.* Quid igitur dicemus, ſi quid filio obvenerit, non quidem ex re aut ſubſtantia patris, ſed patris occaſione & contemplatione? DD. *hic & in d. l. cum oportet*, id quoque peculii profectitii eſſe volunt, *arg. leg. ſi ſerv. 21. cum l. ſeq. de uſufr.* ubi quod ſervo fructuario relinquitur, aut donatur contemplatione fructuari, id fructuario acquiri dicitur, tanquam ex re ejus quæſitum, *facit l. ſed ſi plures 10. §. in arrogato 6. in fin. de vulg. & pup. ſubſt.*

Uſumfructum patri acquirat, dominium apud eum remaneat] Dominium poſui pro nuda proprietate, uti & in *d. l. cum oportet.* Hæc autem proprietatis conceſſio non tribuit filio jus eam ſine patris conſenſu alienandi, *l. ult. §. ipſum autem 6. C. eod.* Si uſusfructus filio relictus ſit, hic totus acquiritur patri, at eo mortuo redibit ad filium, *l. ult. C. de uſufr.* Nonnunquam & plena proprietas filio acquiritur: quod Juſtinianus primò introduxit in hæreditate, quam filius renuente patre adiiſſet, *d. l. ult. §. 1.* poſtea etiam in pluribus caſibus: in rebus ea lege filio datis, ne uſusfructus ad patrem perveniret; in hæreditate fratris & ſororis, ad quam una cum filio pater admittitur; item in iis rebus, quæ filio deferuntur ob delictum patris, qui divortium fecit ſine cauſa, *auth. excipitur, & 2. ſeqq. C. de bon. quæ lib.* Moribus noſtris & Gallorum, adventitia omnia, ſicut 4
caſtrenſia & quaſi, filii ſibi, non patri & in ſolidum acquirunt: in profectitiis tantùm antiquum jus acquirendi per filium patri relictum eſt, *Gudelin. de jur. noviſſ. l. 1. c. 14. Chaſſan. in conſuet. Burgund. §. 1. tit. Des enfans de pluſieurs licts ad verſ. & fait les fruits, Pet. Greger. ſyntagm. 11.*

Digitized by Google

c. 8. *num.* 21. Enim verò quod provenit ex quæſtu, aut opera liberorum, quos parentes enutriunt, id pleno jure parentibus acquiritur, *Grot.* 1. *manuduct. cap.* 6. *ad d. Groenem de leg. abrog. hic*.

TEXTUS.

De emancipatione liberorum.

2. *Hoc quoque à nobis diſpoſitum eſt, & in ea ſpecie, ubi parens emancipandos liberos ſuos ex rebus, quæ acquiſitionem effugiebant, ſibi tertiam partem retinere (ſi voluerat) licentiam ex anterioribus conſtitutionibus habebat, quaſi pro pretio quòd ammodò emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum ſuarum ex emancipatione dominio pro tertia parte defraudaretur: & quod honoris ex emancipatione additum erat, quod ſui juris effectus eſſet, hoc per rerum deminutionem decreſcere. Ideòque ſtatuimus, ut parens pro tertia parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum, ſed uſusfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore ſumma fruetur, pro tertia, dimidia potiturus.*

NOTÆ.

2. *Liberos ſuos*] Th. τὰ παῖδα. Cujac. Hotoman. Fabrot. *liberum ſuum*, numero ſingulari, ut *infr. de ſerv. cogn. in pr. & l.* 33. *Cod. de inoffic. teſtament.* Aurel. Victor: *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit*. Veteres tamen ſemper *liberi* in numero multitudinis dixerunt, Gell. *lib.* 2, *c.* 13. Cajus *l.* 148. *de verb. ſign.* Gloſſ. gr. lat. τέκνα *liberi, pluraliter tantùm declinatur*.

Anterioribus conſtitutionibus] Intelligit *l.* 1. *&* 2. *C. Th. de matern. bon.* quæ Conſtantini ſunt, *l.* 6. §. 3. *C. de bon. quæ lib.*

Pro pretio emancipationis] Quaſi remunerationis gratia, *d. l.* 1. *&* 2. *d. l.* 6. §. 3. pro præmio delatæ emancipationis, *l.* 3. *C. de bon. matern.* nam emancipatio beneficium eſt quærendorum bonorum, *l.* 1. *ſi à par. quis man.*

Quod honoris] Honorificum eſt filio ſuæ poteſtatis, & caput familiæ evadere.

COMMENTARIUS.

1 *Cur, cùm peculium profectitium, ſi pater id non ademerit, ſequatur filium emancipatum, dimidia uſusfructus adventitiorum etiam expreſſè non reſervata patrem.*

EMancipando liberos ſuos*] Cujac. Hotoman. Vveſemb. *liberum ſuum*, numero ſingulari: quomodò etiam loquitur Juſtinianus, *leg. ſi quis* 33. *Cod. de inoffic. teſtam. & inf. de ſerv. cogn. in pr.* legitur, *liberum vel liberos*. Veteres autem ſemper in numero multitudinis ea voce uſi ſunt, & unum etiam filium filiamve liberos appellarunt, teſte Gell. *lib.* 2. *cap.* 13. quod & Gajus confirmat, *l. non eſt* 148. *de verb. ſignific.* ubi ſcribit, non eſſe ſine liberis, cui vel unus filius filiave eſt. Hæc enim, inquit, enunciatio, *habet liberos, non habet liberos*, ſemper plurativo numero profertur; ſicut & pugillares & codicilli. Gloſſæ Græc. Lat. τέκνα, *liberi, pluraliter tantùm declinatur*. Quod autem Valla *lib.* 3. *elegant.* 8. ſcribit, liberum pro filio ſe & apud Paulum & apud Gajum reperire, exiſtimo eſſe ἁμάρτημα μνημονικόν, eumque Paulum & Cajum dixiſſe pro Modeſtino, & Ulpiano. Nam apud Modeſtinum *l. jus agnationis* 34. *de pact.* legit, *nolle ſuum liberum eſſe*, ut vulgatæ editiones habent; ſed Florentina nos docuit, legendum, *nolle ſuum eſſe*. Apud Ulpianum, *l. nemo* 126. §. 1. *de regul. jur. qui liberum acquiſierit*. Sed & hic in Florentino Codice eſt, *qui liberum acquiſierint*, quomodò procul dubio legendum. Meminit Valla etiam Quintiliani, ſed nec locum, nec verba citat.

Ex rebus, quæ acquiſitionem effugiebant] Id eſt, ex iis bonis adventitiis, quorum proprietas filio non patri acquirebatur, ex Græcorum Imp. conſtitutionibus; quo in numero erant bona materna & materni generis, item nuptialia, & ſponſalitia lucra, ut notatum §. *præc.* Cave igitur intelligas peculia caſtrenſia aut quaſi: nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuiſſe ipſe Juſtinianus apertè teſtatur, *d. l. cum oportet §. cum autem* 3. *C. de bon. quæ lib.* unde hic §. deſcriptus.

Quaſi pro pretio emancipationis] Conſtantinus *l.* 1. *& l.* 2. *C. Theod. de bonis matern.* cenſuit, æquum eſſe, ut filius patrem emancipatorem remuneraretur, offerretque patri tertiam partem bonorum maternorum, quorum proprietatem liberis in poteſtate manentibus conceſſerat, aut ut jus eſſet patri tanta horum bonorum partem ſibi retinere: idque pro honore & beneficio emancipationis in filium collato: quippè quo filius conſequitur, & ut ſui juris ac caput ipſe familiæ eſſe incipiat, quod ei honorificum eſt, & ut pleno jure deinceps omnia poſſideat, ſibique acquirat, quod lucroſum. Et hoc eſt, quod Juſtinianus hic ſignificat his verbis, *quaſi pro pretio emancipationis*: quod in conſtitutione ſua ſic expreſſit, *quaſi remunerationis gratia, dict. leg. cum oportet* §. 3. Præmium delatæ emancipationis appellant Theod. & Valent. *l.* 3. *Cod. de bon. matern.*

Pro tertia parte dominii, dimidiam uſusfructus] 1
Juſtiniano duriuſculum viſum fuit, liberos ſpecie honoris tam gravem jacturam rerum ſuarum pati, ut tertiam earum partem parens manumiſſor auferret, ſibique pleno jure haberet. Neque tamen æquum putavit, nihil omninò remunerationis in vicem accepti beneficii liberos rependere. Qua de cauſa ipſe ſic ſtatuit, ut pater pro tertia parte, quam ex prioribus conſtitutionibus

nibus

Digitized by Google

nibus de bonis filii maternis & lucris nuptialibus pleno, & perpetuo jure dominii retinebat, partem dimidiam non dominii, ſed uſusfructus conſequeretur, idque locum haberet in cæteris quoque adventitiis, poſtquàm hujus generis bona omnia ejuſdem juris eſſe voluit. Ita factum ut nec liberi quicquam de dominio rerum ſuarū amitterent, nec cauſam conquerendi haberent parentes, conceſſo iis pro præmio emancipationis fructu tantæ partis bonorum. Hoc autem ita obtinere Juſtinianus cenſuit, etiamſi pater in emancipatione ſibi hoc præmium non expreſsè reſervarit, *dict. leg. cum oportet*, *§. cum autem*, cùm tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris eſt, filium emancipatum ſequatur, tamquam à patre tacitè donatum, ſi pater id non ademerit, *l. donationes* 31. *§.* 2. *de donat. arg. leg. ſi Sticho* 53. *de pecul. l. unic. Cod. de pecul. ejus, qui lib. mer. §. ſi peculium* 20. *infr. de legat.* Differentiæ rationem hanc affert Joan. Faber, quòd præmium emancipationis eſt ex proviſione legis, quæ patri proſpexerit in peculio, cujus ille adimendi poteſtatem non habebat: in peculio autem profectitio nihil opus fuit proviſione legis; quandoquidem ipſe pater pro arbitrio ſuo de eo ſtatuere poſſit, & qui hoc ipſo, quod non adimit, concedere ita tacitè intelligatur. Cui addit D. Bachovius, quòd peculii profectitii naturalis poſſeſſio penes filium eſt, adventitii penes patrem, utpotè uſufructuarium: itaque illud, ſi ademptum non ſit, quaſi ultrò à patre relictum, & filio conceſſum intelligi: in hoc autem, quod pater ipſe detinet, atque apud ſe habet, jus ſuum ſibi ſervare velle, beneficioque uti, niſi inter emancipandum juri ſuo renunciaverit, vel donatione facta hoc ab ſeſe in liberos tranſtulerit, *dict. l. cum oportet*. *§. cum autem*.

TEXTUS.

De ſervis noſtris.

3. *Item vobis acquiritur, quod ſervi veſtri ex traditione nanciſcuntur, ſive quid ſtipulentur, ſive ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia cauſa acquirant. Hoc enim vobis & ignorantibus & invitis obvenit. Ipſe enim ſervus, qui in poteſtate alterius eſt, nihil ſuum habere poteſt. Sed ſi heres inſtitutus ſit, non aliàs niſi veſtro juſſu, hereditatem adire poteſt. Et, ſi vobis jubentibus adierit, vobis hereditas acquiritur, perinde ac ſi vos ipſi heredes inſtituti eſſetis. Et convenienter ſcilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non ſolùm autem proprietas per eos, quos in poteſtate habetis, vobis acquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Cujuſcumque enim rei poſſeſſionem adepti fuerint, id vos poſſidere videmini. Unde etiam per eos uſucapio, vel longi temporis poſſeſſio vobis accidit.*

NOTÆ

3. *Quod ſervi veſtri*] Tranſlatum huc ex Cajo, *l.* 10. *§.* 1. *de acq. rer. dom.*

Sive quid ſtipulentur] Id eſt, ab ſe ſtipulatum per traditionem nanciſcantur: nam etſi etiam obligatio per ſervos ſtipulantes nobis acquiritur, *l.* 53. *de acq. rer. dom.* de quo *inf. tit. pen. lib.* 3. hoc tamen titulo non quæritur, per quas perſonas obligatio nobis acquiratur, ſed dominium aut poſſeſſio.

Et convenienter] Nempè regulæ initio poſitæ, quod per ſervos nobis ex qualibet cauſa acquiritur, etiam ignorantibus & invitis. Nam & hoc in legato obtinet: quippè quod lucrum tantùm continet, non etiam damnum, ut hæreditas, *l.* 32. *D. mandat.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur per ſervos nobis acquiratur & ignorantibus & invitis.*
2 *Cur hinc excepta hæreditas.*
3 *An poſſeſſio per ſervum domino ignoranti acquiratur.*

DIctum hactenus eſt, quatenus per liberos noſtros acquirimus; ſequitur de acquiſitione per ſervos; in qua jus vetus per omnia ſervatur, traditum à Cajo, *l.* 10. *§.* 1. *& deinceps de acquir. rer. dom.* & huc tranſlatum, id tale eſt, ut quicquid ſervus acquirit, ſive ex cauſa peculii (quod in perſona ſervi unius generis eſt, nempe quod permiſſu domini ſeparatum à rationibus dominicis habet, *l.* 5. *§. ult. de pecul.*) ſive extra eam quacumque ex alia cauſa id totum acquirat domino.

Sive quid ſtipulentur] Suboſcurè hoc dictum videtur pro, *ſive quid ab ſe ſtipulatum per traditionem nanciſcantur*. Nam etſi verum eſt, ſervos noſtros ſtipulantes nobis obligationem ex ſtipulatione acquirere, *infr. per quas perſ. obl. acq. §.* 1. *inf. de ſtip. ſerv.* ſub hoc tamen titulo non quæritur, per quas perſonas nobis obligatio acquiratur, ſed dominium, ſive proprietas, & poſſeſſio.

Ignorantibus & invitis] *L. etiam invitis* 32. *de acqu. rerum domin. l. quemadmodum* 46. *de jur. dot.* Hujus autem neceſſariæ acquiſitionis non alia ratio quærenda, quàm quæ hic & apud Cajum *d. lec.* relata eſt; nimirum quia ipſe ſervus, qui in alterius poteſtate eſt, nihil ſuum habere poteſt. Fit ergo hæc acquiſitio ipſo jure, ratione ſcilicet poteſtatis, quæ facit, ut ne momento quidem aliquo res ſubſiſtere poſſit in perſona ejus, qui in poteſtate eſt, & per quem acquiritur; ſed protinus, & neceſſariò acquiratur ei, qui in poteſtate habet, domino vel patri, (nam & filiusfam. qua talis, huc pertinet, *l. placet* 79 *de acq. hær.*) quorum etiam vicem in acquirendo ſervus

Digitized by Google

ac filiusfam. ſuſtinent, & quibuſcum hactenus una perſona eſſe finguntur. Non obſtat, quod dicitur, nolenti & invito beneficium nō acquiri, *l. hoc jure 19. §. 2. de donat. l. invito 69. de reg. jur.* non enim beneficii, ſed juris ratio facit, ut ſic domino per ſervum acquiratur. Quòd ſi dominus id, quod ſibi ita quæſitum eſt, habere nolit, licet ei id repudiare aut abjicere. D. Tuningius, ut hanc objectionem effugiat, duos quaſi gradus in hac acquiſitione cōſiderat; unum in perſona acquirentis, in qua acquiſitionis initium; alterum in perſona noſtra, in qua progreſſus quidam numeretur; ad initiū quod attinet, ait, invitis nobis acquiri: quoad progreſſum atque abſolutionem, non niſi volentibus. Sed non eſt neceſſe, ut eò confugiamus, & fit hæc acquiſitio in momento, *d. l. placet de acq. hær.* fruſtràque aliàs exciperetur hæreditas.

Sed ſi hæres inſtitutus ſit, non aliàs niſi veſtro juſ-
2 *ſu*] Exceptio proximè præcedentis regulæ. Hæreditas quidem & ipſa per ſervos noſtros heredes inſtitutos nobis acquiritur; cæterum non eodem modo; quo ex cæteris cauſis per eos acquirimus, ut etiam ignorantibus nobis & invitis acquiratur, ſed volentibus dumtaxat, & jubentibus eos hæreditatem adire. Quòd ſi juſſu noſtro non expectato adierint, nihil agunt, *l. ſi quis 25. §. juſſum 4 de acq. hær.* Hoc autem cur ita placuerit, minimè obſcurum eſt, ne ſcilicet in poteſtate ſervi eſſet domini conditionem deteriorem facere, ignorantem eum obligando æri alieno hæreditario, quod ſæpè excedit vires patrimonii defuncti, *l. 6. d. tit.* Illud enim notum eſt, eum, qui hæres efficitur, non tantùm acquirere, ſed etiam obligari, & implicari oneribus hæreditariis.

Et convenienter vobis legatum] Convenienter non ei, quod proximè præcedit de acquiſitione hæreditatis, quæ hoc proprium habere dicta eſt, ut non acquiratur per ſervum ſine juſſu domini; ſed regulæ initio poſitæ, quod per ſervos nobis acquiritur ex omnibus cauſis. Si ex cauſis omnibus, igitur & ex cauſa legati. Ex hac verò cauſa proculdubio etiam ignoranti, & invito domino per ſervum acquiretur, ſicut ex cæteris, excepta hæreditate, *l. etiam invitis 32. de acq. rer. dom.* nam ratio exceptionis, quæ in hæreditate eſt, ceſſat in legato, quod purum ſemper & liquidum lucrum affert, *l. ſi hæreditatem 32. mandat.* Planè jejuna quædam hic repetitio eſt de legato, quippè cujus jam in *pr. hujus §.* mentio facta: ſed Tribonianus hunc locum ex Gajo *d. l. 10. §. 1. de acq. rer. dom.* deſcribens, ineautè initium illius §. interpolavit: nam Gajus legati non meminit niſi ſemel, & demum in calce *d. §. 1.*

Non ſolùm proprietas, ſed etiam poſſeſſio] An poſſeſſio per ſervum nobis acquiratur, cauſa eſt, cur dubites. Hæc enim res non juris, ſed facti eſt, *l. 1. §. 3. & 4. de acq. poſſ. l. denique 19. ex quib. ca. maj.* ea autem quæ facti ſunt, non tranſeunt ad dominum, ſed in perſona ipſius ſervi conſiſtunt, *l. qui hæredi 44. de cond. & dem. §. 2. inſ. de ſtip. ſerv.* ut proinde dicendum videatur, etiam poſſeſſionem in perſona ſervi ſubſiſtere debere, nec domino per ſervum eam acquiri. Verùm poſſeſſio non corporis tantùm & facti eſt, ſed etiam juris, teſte Papin. in *l. poſſeſſio 49. §. 1. de acq. poſſ.* aut potiùs, ut idem Papin. in *pr. d. l.* hoc exprimit, ita facti eſt poſſeſſio, ut cum de ea acquirenda, retinenda aut transferenda agitur, plurimum ex jure mutuetur: inter quæ hoc etiam eſt, ut per eos nobis acquiratur poſſeſſio, per quos res cæteræ; utique ſi noſtro nomine poſſeſſionem apprehendant. Cùm autem generaliter & ſimpliciter tum hic, tum apud Gajum *d. l. 10. §. 2. de acq. rer.* 3
dom. ſcriptum ſit, non ſolùm proprietatem, ſed etiam poſſeſſionem nobis per ſervos acquiri, & cujuſcumque rei poſſeſſionem adepti fuerint, id nos poſſidere videri; apud Ulp. *l. ſi me 34. §. ult. de acq. poſſ.* hoc etiam amplius, ſervum meum ignorāti mihi poſſeſſionem acquirere. Hinc Gloſſa & comm. DD. crediderunt, æquè per ſervum quacumq; ex cauſa poſſeſſionem domino etiam ignoranti acquiri, ac res cæteras excepta hæreditate. Sed verior eſt eorum ſententia, qui in acquirenda per ſervum poſſeſſione putant cauſam peculiarem ab aliis ſeparādam, ut ſi quidem ex cauſa peculiari poſſeſſionē nactus ſit, ea etiam ignoranti domino acquiratur; ſi extra cauſam peculii, non niſi ſcienti: quæ diſtinctio apertè proponitur, *l. 1. §. item acquirimus 5. l. 3. §. cæterum 12. l. quod ſervus 24. l. peregre 44. §. 1. de acq. poſſ.* Sed & ratio diverſitatis iiſdem locis perſpicuè indicatur: nimirum cùm ea poſſeſſionis conditio ſit, ut non niſi animo & corpore acquiri poſſit, *d. l. 3. pr.* & licèt corpore alieno, animo tamen non niſi noſtro, nobiſque volentibus, *d. l. 3. §. cæterum l. ea quæ 53. de acq. rer. dom.* hunc animum noſtrum in earum quidem rerum poſſeſſione, quas ſervi ex cauſa peculiari adipiſcuntur, quodammodo & in genere ſaltem concurrere, eoſque quaſi voluntate noſtra intelligi poſſidere, eò quòd peculium eos habere permiſimus: in rebus autem non peculiaribus nullam omninò voluntatem domini acquiſitionem antecedere, ac propterea ad poſſeſſionem in his cauſis acquirendam, ſpecialem domini voluntatem certamque ſcientiam neceſſariam eſſe, *d. l. peregre § 1.* Sic igitur temperandum erit, ſicubi ſimpliciter, quemadmodum hic, ſcriptum legamus, per ſervos nobis acquiri poſſeſſionem, aut acquiri nobis ignorantibus, ut in *d. l. 34. §. ult. eod.*

Unde etiam per eos uſucapio] Cajus *d. l. 10. §. 2.* hoc ſic expreſſit; *Unde etiam per eorum longam poſſeſſionem dominium nobis acquiritur.* In peculiaribus rebus uti ignorantibus nobis poſſeſſio acquiritur, ita receptum eſt, ut etiam ignorantes ex eadem cauſa uſucapiamus: cùm alioqui poſſeſſio ignorantibus nobis quæſita, veluti per procuratorem, ad uſucapionem non proſit, niſi poſtquàm ſcientia noſtra intervenerit, *l. ſi emptam 47. de uſuc. l. 1. C. de acq. poſſ.* quod pleniùs explicabimus *ſub §. pen. hujus tit.*

TIT

TEXTUS.

De fructuariis & bona fide poſſeſſis.

4. *De iis autem ſervis, in quibus tantummodo uſumfructum habetis, ita placuit, ut quicquid ex re veſtra, vel ex operis ſuis acquirunt, id vobis adjiciatur: quod verò extra eas cauſas conſecuti ſunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque ſi is ſervus hæres inſtitutum ſit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit, non uſufructuario, ſed domino proprietatis acquiritur.*

NOTÆ.

4. *De iis ſervis*] *Ex l. 10. §. 3. de acq. rer. dom. l. 21. de uſufr.*

Ex re veſtra] Veluti ſi ſervus, quem fructuarius diſpenſatorem fecerat, rem aliquam ex nummis fructuarii comparavit, rem fructuarii locavit, pecuniam fœneravit, *l. 31. de uſufruct. l. 43. §. ultim. de acquir. rerum domin. l. 1. Cod. de rei vend.*

Ex operis ſuis] Puta ſi tutor ſit, aut pictor, aut faber, & pro opera hujuſmodi mercedem acceperit, *l. 26. de uſufr.* Quòd ſi ex ſuperioribus cauſis, nominatim domino proprietatis ſtipuletur, aut nomine ejus rem accipiat, acquirit domino proprietatis, *leg. 25. §. 3. d. t. l. 37. §. pen. de acq. rer. dom.* Cæterùm placet fructuarium condicere id poſſe, *l. pen. de ſtip. ſerv.*

Hæres inſtitutus, &c.] *Dict. l. 10. §. 3. l. 47. l. 49. de acq. rerum dom. l. 25. pr. de acquir. hæred.* excipe, niſi quid horum factum contemplatione fructuarii, *l. 22. & ſeq. de uſufr.* quo caſu ſervus ex re fructuarii, non opera ſua fructuario acquirere intelligitur, *l. 4. 5. d. t.* ne objici poſſit, quòd aditio hæreditatis non ſit in opera ſervili, *d. l. 44. in pr.*

COMMENTARIUS.

1 *Cui acquirat ſervus fructuarius, ſi dicat ſe domino proprietatis accipere ex re fructuarii.*

2 *Aditionem hæreditatis non eſſe in opera ſervili, & quare.*

3 *Servum contemplatione fructuarii hæredem inſtitutum, fructuario hæreditatem acquirere, & juſſu ejus, non domini, adire.*

QUæ de quærendo per ſervos dominio, aut poſſeſſione, dicta ſunt §. *præc.* ea locum habet, cum quis plenam in ſervo proprietatem habet. Quòd ſi apud alium uſusfructus ſervi ſit, apud alium nuda tantùm proprietas, hic ex duabus cauſis uſufructuario per hūc ſervum acquiritur, ex re ſcilicet fructuarii, & ſervi operis; ex cæteris cauſis proprietario. Idemque juris ſervatur in eo, qui bona fide ſervit, ut ex iiſdem cauſis acquirat bonæ fidei poſſeſſori, ex cæteris aut ſibi, ſi liber eſt, aut domino, ſi ſervus: de quibus nunc porrò ſequitur.

Ex re veſtra, vel operis ſuis] *L. 10. §. 3. de acqu.*
rer. dom. l. ſi ſervi 21. de uſufr. Ex re fructuarii, ve- 1
luti, ſi ſervus, cùm fructuarius eum diſpenſatorem feciſſet, rem aliquam ex nummis fructuarii comparavit, aut rem fructuarii locavit, pecuniam fœneravit, &c. Hic enim res empta, merces locationis, uſuræ pecuniæ creditæ quærentur fructuario, *l. 1. C. de rei vend. l. ſervus 43. §. ult. de acq. rer. dom.* Ex operis ſervi, verbi gratia, ſi ſutor ſit, aut pictor, aut faber, atque ex hujuſmodi, aut ſimili opera alii præſtita aliquid paravit, mercedem ſcilicet operæ, *l. ſi operas 26. de*
uſufr. Sed quid, ſi dicat ſervus, ſe domino pro- 2
prietatis accipere, quod ex re fructuarii ei traditur? Hoc caſu totum domino proprietatis acquiret. Nam & nominatim ſtipulando domino proprietatis ex re fructuarii, aut operis ſuis, eidem acquireret, *l. per ſervum 37. §. pen. de acq. rer. dom. l. ſed etſi 25. §. quæſtionis 3. de uſufr.* Et facit hoc quidem ratio ſummi juris: cæterum quod ita domino proprietatis quæſitum eſt, placuit fructuarium condicere poſſe, *l. pen. de ſtip. ſer.* Cur verò tantùm ex duabus iſtis cauſis placeat acquiri fructuario, ratio hæc eſt, quòd quæ ex iſtis cauſis acquiruntur, fructuum vicem obtinent, cætera in fructu non ſunt.

Extra eas cauſas] Extra ſuperiores cauſas habetur, quod ſervus fructuarius ex re pecuniave alterius conſecutus eſt, puta ex peculio, quod à proprietario habet, aut ſi quid ſervo donatum legatumve ſit, aut ſi hæres ſit inſtitutus, idcircò placet, nihil horum per ſervum fructuario acquiri, ſed omnia hæc acquiri domino proprietatis, *d. l. 10. §. 3. l. ſervus 43. leg. fructuario 47. l. quòd fructuarius 49. de acquir. rer. domin. l. ſi quis 25. de acq. hær.* De hæreditate à quibuſdam olim dubitatum eſt, propterea quòd in aditione factum ſervi interveniat, *l. liber. 19. de acqu. rer. dom.* & ſine hujuſmodi facto ſervi, nec domino hæreditas acquiri poſſit, *l. 3. Cod. de hær. inſtit.* Sed obtinuit, aditionem hæreditatis non eſſe in opera ſervili, *l. aditio 45. de acq. hær. d. l. fructuario 47. de acq. rer. dom.* & rectè: nam aditio factum quidem eſt, ſed opera non eſt: quippè cùm opera non ſit ſine labore; qui in aditione nullus eſt.

Si hæres inſtitutus, legatumve quid ei, &c.] Hoc etiam generaliter ſic traditum eſt *l. 10. l. 47. l. 49. de acq. rer. dom. l. 25. de acq. hær.* Alibi tamen hæc extat exceptio, niſi ſervus hæres inſtitutus ſit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit contemplatione fructuarii: quod enim ita relictum datumve ſervo fructuario eſt, id per eum fructuario acquiri, non proprietario, *l. ſi ſervi 21. & l. ſeq. de uſufr.* eademque diſtinctio probata eſt in ſpecie non diſſimili, *l. facta 63. §. ſi hæres 4. ad ſen. Trebell.* & in terminis hominis liberi bona fide poſſeſſi; cujus in cauſa, & ſervi fructuarii, eadem ratio, *l. aditio 45. §. ult. de acq. hær.* Neque tam exceptio hæc eſt, quàm interpretatio & declara-

Digitized by Google

claratio quædam ſuperioris regulæ, quæ definit, nihil per ſervum fructuarium fructuario acquiri, præterquàm ex re fructuarii, aut ex ſervi operis. Docet nimirum iſta diſtinctio, quod contemplatione fructuarii datum, aut relictum eſt, extra illas duas cauſas non acquiri: quamvis enim hoc fructuario non acquiratur ex ſervi opera, intelligi tamen acquiri ex re fructuarii, cui qui
3 donavit aut reliquit, rem quæſitam voluit, *dict. l. aditio*, §. *ultim. de acq. hær.* Ex quo etiam perſpicuum eſt, falli Gloſſam, Jo. Fab. Cantiunc. hic, Bart. *in d. l. 25. de acq. hær.* & quotquot ſunt, qui ſcribunt, ſervum fructuarium, ut maximè contemplatione fructuarii hæres inſtitutus ſit, non poſſe hæreditatem juſſu fructuarii adire, eamque per aditionem directò acquirere fructuario: ſed adeundam eſſe juſſu proprietarii, cui etiam ſtricta ratione hæreditas acquiratur, ſed reſtituenda fructuario conditione ſine cauſa, ut in caſu *l. pen. de ſtip. ſerv.* Fefellit eos, quòd putaverunt, priùs eſſe, ut aditio hæreditatis contra expreſſi juris auctoritatem ſtatuatur eſſe ſpecies operæ ſervilis, quàm in caſu propoſito dici poſſit, ſervum juſſu fructuarii adeuntem hæreditatem fructuario acquirere. Quod non ita eſt: neque enim ex cauſa operæ ſervilis hæc acquiſitio defenditur, ſed ex capite altero, quia ſcilicet hoc caſu ſervus ex re fructuarii acquirere intelligitur, ex qua cauſa vel maximè fructuario acquiri conſtat, *dict. leg. aditio 45. §. ultim. de acq. hæred.* Ubi ex hoc eodem fundamento Juriſconſultus defendit, liberum hominem bona fide à me poſſeſſum, & mei contemplatione hæredem inſtitutum, meo juſſu adire, & mihi acquirere hæreditatem poſſe. Bonæ fidei autem poſſeſſoris, & fructuarii eadem planè in his quæſtionibus ratio eſt, ut mox docebitur: conſent. Jaſ. *in dict. l. 25. de acq. hær. Mynſ. Bach. hic.* Movere autem neminem debet, quod quibuſdam locis generaliter definitur, ſervum fructuarium juſſu ejus, qui uſumfructum in eo habet, adire hæreditatem non poſſe, ut *dict. l. 27. in pr. & d. l. aditio 45. §. pen.* Hujuſmodi enim loci accipiendi ſunt de ſervo ſimpliciter inſtituto, non contemplatione fructuarii: quo caſu ſi per ſervum fructuario acquireretur hæreditas, acquireretur extra ſuperiores duas cauſas; quod ratio juris non permittit. Sic cum in hoc noſtro §. *& dict. l. 10. §. 3. de acq. rerum dom.* generaliter ſcriptum ſit, quod ſervo fructuario donatur, aut relinquitur, id acquiri proprietario; nemo tamen eſt, qui neget, admittendam hic eſſe illam ſive exceptionem, ſive interpretationem, niſi quod ſervo donatum relictumve ſit contemplatione fructuarii: quod alibi certo jure traditum eſt. Quod verò Paulus in *l. quod fructuarius 49. de acquir. rer. dom.* ſcribit, quod extraneus ſervo fructuario donat, indiſtinctè ſoli proprietario acquiri; id non eò pertinet, ut excludat inſignem & receptam diſtinctionem inter id, quod contemplatione fructuarii, aut ſimpliciter ſervo donatum eſt; ſed eam, quam ipſe in pr. proponit in fructuario donante. Planè ex generali horum locorum definitione evidenter evincitur, errare eos, qui contendunt, quod ſervo fructuario donatur, aut relinquitur, in dubio præſumendum donatum aut relictum contemplatione fructuarii: quod tamen tamquam certum tradit D. Dionyſ. Gothofred. *in annot. ad Schneid.*

TEXTUS.

5. *Idem placet & de eo, qui à vobis bona fide poſſidetur, ſive is liber ſit, ſive alienus ſervus. Quod enim placuit de uſufructuario, idem placet & de bonæ fidei poſſeſſore. Itaque quod extra iſtas duas cauſas acquiritur, id vel ad ipſum pertinet, ſi liber eſt, vel ad dominum, ſi ſervus eſt. Sed bonæ fidei poſſeſſor, cum uſuceperit ſervum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus cauſis per eum ſibi acquirere poteſt. Fructuarius verò uſucapere non poteſt: primùm quia non poſſidet, ſed habet jus utendi fruendi: deinde quia ſcit, ſervum alienum eſſe. Non ſolùm autem proprietas per eos ſervos, in quibus uſumfructum habetis, vel quos bona fide poſſidetis, aut per liberam perſonam, quæ bona fide vobis ſervit, vobis acquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Loquimur autem in utriuſque perſona ſecundùm diſtinctionem, quam proximè expoſuimus, id eſt, ſi quam poſſeſſionem ex re veſtra, vel ex ſuis operis adepti fuerint.*

NOTÆ.

5. *Idem placet*] *D. l. 10. §. 4. l. 19. de acquir. rerum dom.*

COMMENTARIUS.

1 *An bonæ fidei poſſeſſor, quod ex operis ſervi paratum extat, domino ſervum vindicanti reſtituere teneatur.*

2 *Verumne ſit ſimpliciter, quod Juſtinianus ait, fructuarium non poſſidere?*

DE iis, quos bona fide poſſidemus, idem jus eſt, quod de ſervis fructuariis, ut ſcilicet qui bona fide alicui ſervit, ſive ſervus alienus eſt, ſive homo liber, quicquid ex re ejus, cui ſervit, acquirit, quicquid item ex operis ſuis, id acquirat ei, cui ſervit, & à quo bona fide poſſidetur, *d. l. 10. §. idem placet, l. liber. 19. de acq. rer. domin.* Hactenus tamen, quatenus poſſeſſor bona fide poſſidebit, & quamdiu ita poſſidebit; nam ſi ſcire cœperit, eum qui bona fide ſervit, hominem liberum, aut alienum ſervum eſſe, continuò per eum acquirere poſſe deſinit, *l. qui bona 23. §. 1. l. quæſitum 40. eod.* Quod extra duas iſtas cauſas acquiritur, placet vel ad ipſum, qui bona fide poſſidetur, pertinere, ſi liber eſt, vel

ad

Digitized by Google

ad dominum, ſi ſervus eſt. Extra eas cauſas maximè eſt hæreditas, legatum, donatiove, *dict. l. liber. leg. homo 54. eod.* Cæterum & in perſona ejus, qui bona fide poſſidetur, recipiendum temperamentum ſuperius, niſi quid donatum relictumve ſit contemplatione bonæ fidei poſſeſſoris, cui hoc caſu etiam iſta acquiri placet, *l. adito 45. §. ult. de acq. hær.*

Itaque quod extra iſtas duas cauſas] Quoniam ut ſupra notavimus, iſtud in fructu non eſt: ea autem ſola, quæ in fructu ſunt, bonæ fidei poſſeſſoris fiunt, uti & fructuarii. Quæri poteſt in
5 perſona bonæ fidei poſſeſſoris, (in fructuarium enim hujuſmodi quæſtio non cadit) an, quemadmodum is fructus ex fundo alieno perceptos & extantes adhuc vindicanti rem ſuam domino reſtituere tenetur, juxta ea, quæ tradita & notata ſunt, §. *ſi quis 35. ſup. de rer. div.* eodem modo etiam quod pecuniæ, aut rei ex operis ſervi paratum extat, apud eum, cui bona fide ſervit, domino ſervum evincenti reſtituendum ſit. Quæſtionem propono de rebus ex operis ſervi poſſeſſori quæſitis: vix enim dubitari poteſt, quin quod ex re poſſeſſoris quæſitum eſt, perpetuò atque irrevocabili jure poſſeſſoris efficiatur. At quæ poſſeſſori parantur ex operis ſervilibus, ea cum fructibus fundi comparari paſſim videas, *l. qui ſcit 25. §. 1. de uſur. l. quæſitum 40. in fin. de acq. rer. dom.* Exiſtimo tamen, etiam hæc bonæ fidei poſſeſſori irrevocabiliter acquiri, eique cedere in compenſationem alimentorum, aliarumque impenſarum, quæ neceſſariò in ſervum fiunt, nec certò æſtimari queunt; Neque obſtat prædicta comparatio: nam ex ea minimè ſequitur, eamdem earum rerum, & fructuum in omnibus rationem eſſe, & in *d. l. quæſitum*, conferuntur hæc cum fructibus conſumptis, quos lucrari bonæ fidei poſſeſſorem certum eſt.

Sed bonæ fidei poſſeſſor quum uſuceperit] Bonæ fidei poſſeſſor uſucapione perfecta quacumque ex cauſa per ſervum acquirit: quia uſucapio pleno jure dominum eum facit. Hoc ad hominem liberum bona fide poſſeſſum non pertinet: quippe cujus nulla uſucapio eſt.

Fructuarius uſucapere non poteſt, &c.] Ait cum Gajo, *d. l. 10. §. ult. de acq. rer. dom.* uſufructuarium uſucapere non poſſe; idque duplici de cauſa, tum quia non poſſidet, tum propter malam fidem, quis ſcit, ſervum alienum eſſe. Horum autem vel alterutrum ſatis eſt ad impediendam uſucapionem; utpotè quæ nec ſine poſſeſſione, nec ſine bona fide poſſeſſoris putantis rem ſuam eſſe procedere poteſt, ut demonſtratum *ſup. tit. de uſuc.* Et de ſcientia quidem fructuarii res certa eſt: neque enim ignorare poteſt, ſe earum rerum, quarum uſumfructum habet, dominum non eſſe. Quin ipſe alium dominū agnoſcit, cum ſe fructuarium profitetur. Quod verò
2 ſimpliciter negatur poſſidere, non eſt ſine omni ſcrupulo. Nam alibi contra dicitur poſſeſſor, & poſſidere, *l. uti frui, in fin. pr. & §. ult. ſi uſufr. pet.* & naturaliter poſſidere, *l. naturaliter 12. de acquir. poſſ.* Sed hæc non ſunt contraria: nam & colonus, & commodatarius, & depoſitarius naturaliter dicuntur poſſidere, *l. 2. §. 1. pro hæred. l. 7. §. neque colonus 11. comm. div.* qui tamen alibi poſſidere abſolutè negantur, ullamve habere poſſeſſionem *l. 9. de rei vend. l. non ſolum 33. §. 2. circa fin. de uſucap. l. 6. §. 2. de precar. §. poſſidere inf. de interd.* nimirum nec hi, nec fructuarius verè poſſident, id eſt, non poſſident civiliter, *ψυχῇ δεσπόζοντος*, animo dominantis, ſine qua poſſeſſione non procedit uſucapio. Sed in poſſeſſione ſunt nomine alieno, apud quem poſſeſſio remanet, & qui per illos poſſidere intelligitur, *d. §. poſſidere, inf. de interd. l. generaliter 9. leg. quod meo 18. in pr. de acq. poſſ. l. 6. §. 2. de precar.* qui textus etiam in his terminis de fructuario loquitur: nec alia ratione dicitur retentio uſusfructus ſpecies eſſe traditionis, quàm quòd qui retinet uſumfructum, deſinat ſibi, & incipiat alii poſſidere. Itaque cum hi naturaliter poſſidere, aut poſſidere ſimpliciter dicuntur, impropria locutio eſt, qua corporalis tantùm detentio ſignificatur, *l. poſſeſſio 49. de acquir. poſſ. l. 1. Cod. com. de uſuc.* Verùm enim verò licèt fructuarius non poſſideat, tamen quia firmius jus habet inſiſtendi rei, atque omne rei emolumentum ad eum pertinet, ea res efficit, ut interdicta ei poſſeſſoria accommodentur, quæ cæteris, qui in poſſeſſione ſunt tantùm, denegantur, *l. 3. §. unde vi 13. de vi & de vi arm. l. ultim. uti poſſid.* de quo pluribus agere hoc loco non licet.

Non ſolùm proprietas, ſed etiam poſſeſſio] *L. 1. §. ſed & 6. §. per eum 6. l. poſſeſſio 49. in pr. de acq. poſſ.* nimirum quia etiam poſſeſſionem pleno domino ſervus acquirit ex omni cauſa; §. 3. *ſupr. eod.* Ita verò jus eſt, ut quæcumque per ſervum quacumque ex cauſa acquiruntur ei, qui plenum in eo jus habet, eadem placet acquiri fructuario per ſervum fructuarium: & bonæ fidei poſſeſſori per eos, quos bona fide poſſidet, ex re illorum, aut horum operis. Nihil ad rem pertinet, quòd fructuarius ſervum non poſſidet; nam nec pater filium, *d. l. 1. §. per eum 8. de acqu. poſſ.* Sed nec procurator à nobis poſſidetur, nec tutor curatorve, per quos tamen poſſeſſionem nobis acquiri poſſe conſtat, *d. leg. 1. §. per procuratorem 20.* Hæc & quæ præcedentibus §§. tradita, quamvis apud nos uſum non habent, qui ſervos non habemus, tamen diligentiùs expoſui, quia in multis partibus non parum conducunt ad cognitionem juris civilis Romanorum.

TEXTUS.

De reliquis perſonis.

6. *Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque veſtro juri ſubjectos habetis, neque bona fide poſſidetis: item per alienos ſervos, in quibus neque uſumfructum habetis,*

betis, neque poſſeſſionem juſtam, nulla ex cauſa vobis acquiri poſſe. Et hoc eſt, quod dicitur, per extraneam perſonā nihil acquiri poſſe: excepto eo, quod per liberam perſonam (veluti per procuratorem) placet non ſolùm ſcientibus, ſed & ignorantibus vobis acquiri poſſeſſionem, ſecundùm divi Severi conſtitutionem; & per hanc poſſeſſionem etiam dominium, ſi dominus fuerit, qui tradidit; vel uſucapionem, aut longi temporis præſcriptionem, ſi dominus non ſit.

NOTÆ.

6. *Per extraneam perſonam*] Id eſt, hominem liberum, qui neque juri noſtro ſubjectus eſt, neque bona fide nobis ſervit: item ſervum alienum, cujus neque uſufructus apud nos ſit, neque poſſeſſio.

Acquiri poſſeſſionem] *Dict. l. 1. C. hoc tit. l. C. de acquir. poſſ. l. 10. §. ultim. l. 53. de acq. rer. dom.* nimirum quia poſſeſſio acquiritur actu naturali, & corporali apprehenſione, in quo placet poſſe nos uti etiam miniſterio alieno, *d. l. 53. l. 18. de acq. poſſ.*

Sed & ignorantibus] *L. 13. de acquir. rer. dom. l. 34. §. 1. leg. 49. §. ultim. de acquir. poſſ. l. 1. C. eod.* Utique tamen volentibus; ut ignoremus, quo tempore ex voluntate noſtra poſſeſſio apprehendatur.

Per poſſeſſionem etiam dominium] Si tradita ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l. 13. l. 20. §. ult. de acq. rer. dom. l. 8. C. de acq. poſſ.*

Vel uſucapionem] Id eſt, uſucapiendi occaſionem, conditionem. Hoc intereſt, quòd dominium etiam ignoranti mihi per procuratorem, cui nomine meo res tradita eſt, acquiratur: re autem à non domino tradita, uſucapiendi facultas demum acquiratur, ex quo ſcire cœpiſſem traditam eſſe, *l. 47. de uſuc. l. 1 C. de acq. poſſ.* Nam uſucapio bonam fidem poſſidentis requirit, quam nemo dixerit eum habere, qui ſe poſſidere ignorat.

COMMENTARIUS.

1 *Cur placeat poſſeſſionem per extraneam perſonam acquiri poſſe, jus aliquod non poſſe.*
2 *Per conſequentiam quaſitæ poſſeſſionis neceſſariò etiam dominium nobis acquiri, aut uſucapiendi conditionem, ſed hanc demum, poſtquam ſcientia intervenit, n. 3.*

CONcludit ab enumeratione perſonarum, per quas acquiri huc uſque docuit, quaſi ab enumeratione partium, per extraneam perſonam nihil nobis acquiri poſſe. Sola cauſa excipitur poſſeſſionis. Perſonam extraneam vocat hominem liberum, qui neque juri noſtro ſubjectus eſt, neque bona fide à nobis poſſidetur: tum ſervum alienum, in quo neque uſumfructum habemus, neque juſtam poſſeſſionem. In ſumma; perſona extranea in hoc argumento eſt, quæ vim inſtrumenti animati apud nos non obtinet.

Nihil acquiri poſſe] Neque dominium aliudve in re jus, neque obligationem, aut actionem, *leg. 1. C. hoc tit. l. 11. de obl. & act. l. 3. in pr. quod vi aut clam. l. quo tutela 73. §. ult. de reg. jur. l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. de verb. oblig.* Cujus rei ratio eſt, quòd jus civile ita comparatum ſit, ut ſibi quiſque quod ſua intereſſit, negotium gerat, non alteri, *d. l. 11. de obl. & act. d. l. ſtipulatio, §. alteri de verb. obl.* At quas exceptiones hæc regula habeat in obligatione per extraneum acquirenda, & quid juris hodie hic obtineat, videbimus in *§. 4. inf. de inut. ſtipul.*

Excepto eo, quod per liberam perſonam placet acquiri poſſeſſionem] Excipit poſſeſſionem, quam placuit per quemlibet nobis acquiri, qui eam noſtro nomine apprehenderit, id eſt, hoc animo, ut velit noſtro nomine poſſidere, *d. l. 1. C. hoc tit. l. 1. de acq. poſſ. l. ſolutum, §. pen. de pign. act. l. traditio 20. §. ult. ea quæ 53. de acq. rer. domin.* 1
Qui locus etiam rationem ſuggerit, cur in poſſeſſione acquirenda ſingulariter hoc receptum ſit, nimirum, quia poſſeſſio acquiritur actu naturali, & corporali rei apprehenſione: in quo faciliùs alteri opera navare, & miniſterium præſtare poſſumus, quàm in iis, quæ civiliter acquiruntur citra hujuſmodi actum, puta ſtipulando aut contrahendo, relictumve agnoſcendo. Et tamen hoc ipſum, ut per liberam perſonam poſſeſſio nobis quæratur, propter utilitatem contra ſtricti juris rationem conſtitutionibus introductum videtur, *d. l. 1. & l. 8. C. de acq. poſſ. d. l. ſolutum, §. pen. de pign. act.*

Veluti per procuratorem] Procuratorem intelligo eum Bart. in *l. qui mihi 13 de donat. Iaſ. & Zaſ. in l. 1. §. per procuratorem 20. de acqu. poſſ.* non tantùm, qui ſpeciale mandatum habet; ſed etiam, cui univerſorum bonorum adminiſtratio permiſſa eſt. Etenim cùm procurator generalis & exigere poſſit, atque accipere, & emere, ac vendere, utique quatenùs ratio adminiſtrationis hoc expoſcit, *§. nihil autem 42. ſupr. de rerum div. cum ibi notat.* Hactenus non video, quid inter hunc & ſpecialem procuratorem interſit. Planè extra cauſam adminiſtrationis, ad acquirendam domino poſſeſſionem, generale mandatum non ſufficit, ſed aut ſpeciale requiritur, aut, domini ratihabitio *l. communis 42. §. 1. de acquir. poſſeſſ.*

Non ſolùm ſcientibus, ſed & ignorantibus] Etiā ignorantibus poſſeſſionem per procuratorem nobis acquiri multis locis apertiſſimè ſcriptum eſt, *l. ſi procurator. 13. de acq. rer. dom. l. ſi me 34. §. 1. l. poſſeſſio 49. §. ult. de acq. poſſ. l. 1. C. eod.* Cui non obſtat, quod dicitur in *l. ea quæ 53. de acq. rer. dom.* per quēlibet volentibus nobis poſſeſſionem acquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus poſſe acquiri poſſeſſionem, & non acquiri, niſi volētibus. Ignorare poſſumus, quo tempore procurator noſter poſſeſſionem apprehendat: quan-

docun-

Digitized by Google

documque autem hoc ſit, noſtra ſit voluntate, qui, ut apprenderet, mandavimus.

Et per poſſeſſionem dominium] Ut poſſeſſio nobis per procuratorem acquiritur, ſic & per poſſeſſionem dominium, ſi incipiat ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d.l.* 13. *l.traditio* 20. §. *ult. de acq. rer. dom. l.*8.*C.de acq.poſſ.* Etenim admiſſo eo, ut per li-
2 beram perſonam poſſeſſio nobis quæratur, neceſſarium hoc conſequens fuit, ut dominium quæreretur per poſſeſſionem priùs quæſitam, ſi ea à rei domino transferendi dominii cauſa tradita eſſet. Fieri enim non poteſt, quin is, qui rem ex juſta cauſa, hoc eſt, idonea ad transferendum dominium, traditam à domino poſſidere cœpit, dominus ejus rei ſtatim efficiatur. Cùm autem dicimus, poſſeſſionem, & per hanc dominium, per procuratorem nobis acquiri, non hoc intelligimus, acquiri hæc primùm procuratori, à quo deinde ad nos tranſeant: ſed miniſterio procuratoris rectè nobis acquiri poſſeſſionem, & per conſequentiam quæſitæ poſſeſſionis eo caſu, quo diximus, etiam dominium. Ex quo apparet, ἄτοπον eſſe & alienum, quod DD. plerique hic aſſerunt, ideò faciliùs dominium miniſterio alieno quæri, quàm obligationem; quia jura perſonalia & obligationes magis inhærent oſſibus hominum.

Vel uſucapionem] Id eſt, uſucapiendi occaſionem. Hoc enim perpetuum eſt, ut quo caſu dominium ſtatim acquiritur, ſi dominus ſit, qui tradit dominii transferendi cauſa, eo caſu acquiratur jus uſucapionis, ſi dominus non ſit. Prætermiſſa autem hoc loco à Triboniano eſt in-
3 ſignis inter hos caſus differentia. Nam ſi is, qui procuratori meo rem meo nomine tradidit, dominus fuit, etiam ignoranti mihi dominium acquiritur, *d. l.* 13. *de acq. rer. dom.* ſi non fuit dominus, uſucapiendi conditio mihi non quæritur niſi poſtquàm ſcientia mea intervenerit, *l.* 1.*C. de acq. poſſ. l. ſi emptam* 47. *de uſuc. l. poſſ.* 49. §. *ult. de acq. poſſ.* Hoc ideò, quia eum, quem uſucapere volumus, non ſufficit poſſidere, niſi & poſſideat bona fide, quam nemo dixerit eum habere, qui ſe poſſidere ignorat.

Vel longi tẽporis præſcriptionem] Potuerat hoc omitti. Nam poſtquàm ex duobus his generibus acquirendi, quæ priùs fuerant, uſucapione & præſcriptione longi temporis, unum Juſtinianus fecit, *l. un. C. de uſuc. transform.* ſatis fuiſſet, alterutrius tantùm meminiſſe, aut uſucapionis, aut præſcriptionis.

TEXTUS.

Tranſitio.

7. *Hactenus tantiſper admonuiſſe ſufficiat, quemadmodum ſingulæ res vobis acquiruntur. Nam legatorum jus, quo & ipſo ſingulæ res vobis acquiruntur: item fidei commiſſorum, ubi ſingulæ res vobis relinquuntur, opportuniùs inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per univerſitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo heredes facti ſitis, ſive cujus bonorum poſſeſſionem petieritis, vel ſi quem adrogaveritis, vel ſi cujus bona libertatum conſervandarum cauſa vobis addicta fuerint, ejus res omnes ad vos tranſeunt. Ac priùs de hereditatibus diſpiciamus. Quarum duplex conditio eſt. Nam vel ex teſtamento, vel ab inteſtato ad vos pertinent. Et priùs eſt, ut de his diſpiciamus, quæ ex teſtamento vobis obveniunt; qua in re neceſſarium eſt, initium de teſtamentis ordinandis exponere.*

NOTÆ.

7. *Si cui heredes*, &c.] Ex modis acquirendi per univerſitatem, qui plures olim fuerunt, 2. Conr. 1. *diſp.* 12. ſoli manſerunt hi quatuor, ſuſceptio hæreditatis, bonorum poſſeſſionis agnitio, *infr. tit.* 10. *lib.*3. adrogatio, & libertatum conſervandatum cauſa bonorum addictio, *tit.* 11. & 12: *d. lib.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Verbis, per univerſitatem, non titulum acquirendi, ſed rem, quæ acquiritur, ſignificari.*
2 *Ex veteribus acquirendi per univerſitatem modis ſolos ſupereſſe quatuor, quos Juſtinianus commemorat.*
3 *Quid ſit hæreditas.*
4 *Quibus modis deferatur.*
5 *Species acquiſitionis per univerſitatem apud nos receptæ.*

EXpoſitis modis, quibus jure civili acquiruntur res ſingulæ, tranſit Imperator ad eos modos, quibus eodem jure acquiruntur univerſæ, ſive quibus acquirimus per univerſitatem. Non minùs autem hic ſpectandi modi ipſi & cauſæ acquirendi, quàm univerſitas acquiſitionis. Nam & legari & donari bonorum univerſitas poteſt, *l. non amplius* 36. §.2. *de legat.* 1. *l. ſi unquam, C. de revoc. donat.* poteſt & vendi, *tot. tit. de hæred. vend.* ſed tituli hi nihilominùs natura ſua ſingulares ſunt, hoc eſt, comparati dumtaxat ad acquirendum res ſingulas, & ideò nec idem jus in univerſum acquirenti tribuunt, quod verbi cauſa hæreditas: idque cernitur in actionibus directis, tam activis, quàm paſſivis. Modi ipſi acquirendi ſoli univerſales ſunt natura ſua, ad quos nunc ſe Princeps confert.

Legatorum jus, item fideicom. opportuniùs inferiore loco] Occupat, & tacitè removet, quod objici poterat de perturbatione ordinis, quòd ſcilicet in diſputatione de acquiſitione juris civilis rerum ſingularum non omnes acquirendi modos, qui eò pertinent, exequatur. Quod lex methodi

vide-

Digitized by Google

videbatur exigere; ſed parte eorum prætérita, ad aliud genus intempeſtivè tranſeat: nam legata & fideicommiſſa non minùs ad prius illud genus acquiſitionis pertinere, quàm uſucapionem, & donationem. Id ergo ſe non ignorare ſignificat, & conſultò tractationem de legatis & fideicommiſſis in alium locum rejeciſſe, eumque, qui longè ſit opportunior: nam originem eorum, cauſam communem, & exitum flagitare omninò, ut de iis demum tractetur cognito jure teſtamentorum, *inſ. de legat. in pr.*

Per univerſitatem] Hoc eſt, quibus univerſim & una acquiſitione acquirimus bona alicujus omnia, res omnes & jus univerſum alterius, non ſeparatim res ſingulas. Ita enim paulò poſt; *Si cui ergo hæredes facti ſitis, &c. ejus res omnes ad vos tranſeunt; & Gajus lib. 2. tit. 2. in pr. Per*
1 *univerſitatem*, ait, *hoc eſt, ſimul omnia bona acquirimus hæreditate, fac. l. hæreditas 62. de reg. jur. leg. nihil aliud 24. de verb. ſignifi. l. 3. §. 3. de bon. poſſ.* D. Vultejus putat: his verbis, *per univerſitatem*, titulum acquiſitionis ſignificari, non res acquirendas: ſed oppidò quàm ineptè. Quis enim unquam ſando audivit, titulo tribui univerſitatem, aut titulorum quoſdam dici univerſos? Multorum iſta collectionem arguunt. Quæ affectio cùm tantùm rerum propria ſit, nec tamen omnium, hinc eſt, quòd res quædam dicuntur ſingulæ, quædam univerſæ, & rerum ſive bonorum quædam univerſitas, non tituli. Cæterum quemamodum actiones, quibus bonorum univerſitatem petimus, ex objecto appellamus univerſales, qualis eſt petitio hæreditatis; quibus res ſingulas, qualis eſt rei vindicatio, ſingulares, aut ſpeciales, *l. 1. l. in ſpecialı 73. de rei vend. l. 1. ut reſponſum 15. Cod. de tranſact.* ita & titulos, qui pertinent ad acquirendum per univerſitatem, id eſt, res alicujus, univerſales; quid ad res ſingulas, ſingulares dicimus. In ſumma univerſitas non eſt cauſa ſive titulus, neque etiam modus acquirendi, ſed illud ipſum, quod acquiritur, veluti hæreditas, quam ſibi delatam aquirit hæres adeundo, *§. ult. inſ. de hær. qual.*

Si cui ergo hæredes facti, &c.] Olim modi, quibus per univerſitatem acquiritur, complures erant. Septem enumerat D. Ant. Contius *lib. 1. diſp. c. 12.* Ex quibus antiquati, ſucceſſio per bonorum debitoris venditionem, & ea, quæ fiebat per redactionem liberæ mulieris in ſervitutem ex Senatuſconſulto Claudiano, *inſ. tit. de ſucceſſ. ſublat. quæ fieb. per bon. vend. & ex Senatuſconſul. Claud.* item in manum cõventio ſeu coemptio. Quæ itidem ſpecies erat ſucceſſionis per univerſitatem. Non olim cùm mulier viro in manum conveniſſet, omnia, quæ mulieris erant, viri fiebant, dotis nomine, teſte M. Tullio in *Topic* in quem locum de ritu coemptionis vid.
2 Boet. Soli manſerunt hi quatuor, quorum idcircò etiam mentionem tantùm facit Juſtinianus, ſuſceptio hæreditatis, bonorum poſſeſſionis agnitio, adrogatio, libertatum conſervandarum cauſa bonorum addictio. Annumeratur tamen his & ſucceſſio fiſci bona damnatorum, vel eorum, qui ſine hærede moriuntur, occupantis, *arg. l. deportatus 15. de interd. & rel. l. 1. & paſſim, de jur. fiſc.* item ingreſſus monaſterii. Nam Juſtin. *Nov. 5. c. 5.* unde *auth. ingreſſi, C. de ſacroſ. Eccl.* conſtituit, ut univerſa bona religionem ingreſſi acquirantur monaſterio: extra quam ſi liberos habeat, inter quos ſubſtantiam ſuam dividere non prohibetur, una ſaltem par te ſibi retenta, in quam monaſterium ſuccedat. Quod jus illorum temporum peperit ſuperſtitio. Cæterum neque fiſci, neque monaſterii ſucceſſio ſimpliciter univerſalis eſt, quaſis eſt hæredis, bonorum poſſeſſoris, &c. ut onera quoque agnoſcere cogantur: licèt enim teneantur reſpondere creditoribus, damnum tamen nullum ſentiunt, ſi bona non ſufficiant, *Nicol. Burg. ad conſuet. Flandr. tract. 13. n. 10.* Ex quatuor autem modis per univerſitatem ſuccedendi hìc propoſitis, unus eſt, per quem ſucceditur viventi, ſcilicet adrogatio, per cæteros ſucceditur defuncto.

Prius de hæreditatibus] In hoc explicando pars reliqua hujus libri & novem priores tituli ſequentis conſumuntur, niſi quòd tractatio de legatis & fidei commiſſis inſeritur, propter argu- 3
menti conjunctionem. Hæreditas propriè nihil aliud eſt, quàm univerſum illud Jus, quod defuncto vel in defunctum tempore mortis ejus competebat. Hinc illa apud noſtros hæreditatis appellatio univerſitatem quamdam, ac jus ſucceſſionis demonſtrat, *l. bonorum 208. de verb. ſign.* Juris nomen eſt, & ideò damnoſam quoque hæreditatem continet, *l. hæreditatis 119. l. pecuniæ 178. §. 1. eod.* Item; hæreditas etiam ſine ullo corpore juris intellectum habet, ut loquitur Papinianus in *l. hæreditas 50. de hær. pet.* Atque ut oſtendant, eum hæredem dici, qui ſuccedit in univerſum demortui jus, ſuſcipitque ejus rei commodum & incommodum, ideò hæreditatem definiunt eſſe ſucceſſionem in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil 24. de verb. ſign. l. hæreditas 62. de reg. jur.* Propriè enim ſucceſſio & ſuccedere hæredis eſt, non hæreditatis; hæreditas verò illud jus, quod per ſucceſſionem hæredis acquiritur, *tot. tit. de acq. hær.* Atque ita ego definitionem iſtam explicare ſoleo facem prælucente Ulpiano in *l. 3. in pr. de bon. poſſ.* Diligentiùs hæc excuſſi *ſup. tit. de reb. corp. & incorp.*

Vel ex teſtamento vel ab inteſtato] Acquiſitio hæreditatis duabus hiſce rebus conſtat, delatione, & delatæ ſuſceptione. Ex delatione eſt jus & titulus acquirendi, in ſuſceptione modus. Et ideò non ante acquiri hæreditas poteſt, quàm cum delata eſt, *l. ſi quis 21. §. 2. de acq. hær.* & retrò delata eſſe intelligitur, quam quis poteſt adeundo conſequi, *l. delata 151. de verb. ſign.* Defertur au- 4
tem hæreditas aut teſtamento, aut lege ab inteſtato, *l. 1. & 2. ſeqq. de hær. pet.* unde hæredes alii teſtamentarii, alii legitimi; item hæreditas teſtamentaria & legitima, *l. in plurimum 70. de acquir. hær.*

Digitized by Google

hær. l.6.§.2. quæ in fraud. cred. Sciendum autem eſt, primùm agi hic de delatione hæreditatis directa: nam indirectò, hoc eſt, per fideicommiſſum, non teſtamento tantùm, ſed etiam codicillis relinqui hæreditas poteſt; nec ſolùm teſtamento facto, verùm etiam ab Inteſtato: & is, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſt hæreditas, ex Senatuſconſulto Trebelliano hæredis loco habetur de quo demum *tit. de fideic. hær.* qui eſt antepenultimus hujus libri. Deinde agi de hæreditate, quæ defertur & acquiritur jure civili: cæteroquin jure prætorio & bonorum poſſeſſor effectu hæres eſt; & bonorum poſſeſſio, quæ hic ab hæreditate ſeparatur, vi ipſa nihil aliud, quàm hæreditas, *l. 1. 2. 3. de bon. poſſ. l. hæreditatis* 138. *de verb. ſign.* Tantùm in tempore & modo acquirendi nonnulla diſſimilitudo, ut videbimus ſuo loco *inf. de bon. poſſ.*

Quæ ex teſtamento obveniunt] Ordinarium fuit ante de judiciis teſtantium, deinde de ſucceſſione ab Inteſtato loqui, ait Ulp. *l. 1. ſi tab. teſt.* nimirū quia prior ſemper ratio fuit hæreditatis teſtamentariæ, quàm legitimæ: Nam verbis legis duodecim tabularum, uti quiſque legaſſit ſuę rei, ita jus eſto, ſic confirmantur judicia teſtantium, quamdiu hæc proferuntur, atque ex teſtamento adiri poteſt hæreditas, ſi ab inteſtato non deferatur; *l. quamdiu 39. de acq. hær.* Quoniam autem ad hoc, ut teſtamento deferatur hæreditas, & acquiri poſſit, requiritur, ut teſtamentum juſtum ſit, hoc eſt, ſecundùm regulas & præcepta juris civilis ordinatum; ideò ſubjicit, neceſſarium eſſe expoſitionem ejus rei ab ordinatione teſtamentorum inchoare.

Ex omnibus per univerſitatem acquiſitionibus, quæ unquam apud Romanos fuerunt, ſola apud nos in uſu eſt ea, quæ fit per ſuſceptionem hæreditatis: bonorum enim poſſeſſores nulli, ſed hæredes omnes ſunt & appellantur, qui vel ex teſtamento, vel ab inteſtato defuncto ſuccedunt, eodemque modo omnibus jure civili Batavorum hæreditas acquiritur. Acquiſitio quoque per adrogationem, & ea, quam tribuebat pro conſervatione libertatum bonorum addictio, nullum uſum in hiſce regionibus habere poſſunt, cùm nec adoptionis in totum ulla vis ſit, nec ſervos agnoſcamus, ut alibi relatum. Cæterum duæ aliæ ſpecies acquiſitionis per univerſitatem moribus noſtris receptæ, quas ignorat jus civile Romanorum; una per nuptias; altera per voluntatem ſupremam præmorientis conjugis. Nam ex conſuetudine generali Hollandiæ & Vveſt-friſiæ nuptiis contractis bona conjugum confunduntur & communicantur, niſi pactis antenuptialibus aliter cautum ſit. Atque hinc ſtante matrimonio debita unius ex bonis alterius exſolvi poſſunt. Habetque locum hæc confuſio etiam in nuptiis repetitis. Utique tamen bona feudalia in hanc communionem non veniunt. Antiquitùs quoque moris fuit, ut vidua liberos minores natu habens manere in poſſeſſione, & quaſi dominio communi familiæ, fructuſque ſola perciperet, pro quibus liberos communes aleret, uſque dum filiorum natu maximus perfectæ ætatis factus eſſet: ſed hodie hoc ampliùs non obtinet, niſi ultima voluntate aut etiam pactionibus id cautum reperiatur, *vid. D. Grot. lib. 2. manuduct. ad juriſpr. Bat. c. 11. & 2. ſeqq.*

T I T U L U S X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

D. lib.28. Tit.1. C. Lib.6. Tit.23. Nov. 66. 119. c.9

Genera teſtamentorum obiter expoſita, & ratio ordinis Juſtinianei.

IN calce præcedentis tituli dictum eſt, cum quæritur de acquirenda hæreditate, quæ dicatur teſtamento delata, in primis inſpiciendum eſſe, an teſtamētum valeat, & ritè ordinatum ſit; eamque ob cauſam etiam initium hujus tractationis à doctrina de teſtamentis ordinandis, ſive de ratione & modo teſtandi Imperatorem capere. Cæterum cùm hæc doctrina ad omnium teſtamenta non pertineat, ſed ad paganorum dumtaxat, & ex his ad ea, quæ fide privata ordinantur, quorum ſcriptorum alia forma ſit, alia non ſcriptorum; ut omnis confuſio vitetur, priùs genera teſtamentorum obiter ſecernemus, explicaturi deinde, quomodò ſingula fiant iis in locis, ubi hoc tangit Imperator. Teſtamentum in genere nihil aliud eſt, quàm ultima voluntas, qua quis hæredem ſibi ſive bonorum ſucceſſorem deligit. Et geminæ ejus ſunt ſpecies; unum commune omnium civium Romanorum, quod paganicum appellatur; alterum proprium militum, quod ideò militare. Utrumque rurſus vel ſcriptum eſt, vel non ſcriptum, ſeu nuncupativum, *§. ult. inf. eod. & §. 1. tit. ſeq.* Et commune, ſive paganicum, iterum vel publica fide ordinatur, *l. omnium 19. Cod. hoc tit.* vel fide privata. Cùm autem ſola paganorum teſtamenta, quæ quidem fide privata fiunt, adſtricta ſint legibus, quæ ad ſolemnitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus ſoluta, ſciendum eſt, nihil eorum, quæ de his in conficiendo teſtamento obſervandis hoc loco & paſſim aliis ejuſdem argumenti ſimpliciter traduntur, ad militaria teſtamenta pertinere; adeòque in toto jure, cum ſimpliciter teſtamentum nominatur, commune ſive paganicum intelligi. Paganorum teſtamenta ut rectè fiant, & jure civili rata ſint, in hiſce tribus

poſi-

Digitized by Google

poſitum eſt; in perſona teſtantis, in forma teſtandi & modo; in rebus, quas teſtamentum neceſſariò complecti debet. Quod Gaius in *l.4.hoc tit.* ſic expreſſit: *Si quæramus*, inquit, *an valeat teſtamentum; in primis animadvertere debemus, an is, qui fecerit teſtamentum, habuerit teſtamenti factionem: deinde ſi habuerit, requiremus, an ſecundùm regulas juris civilis teſtatus ſit.* Regulæ verò iſtæ pertinent vel ad modum teſtandi, vel ad res, quas teſtamento, ut valeat, complecti neceſſe eſt. Atque hæc omnia etiam à Juſtiniano ordine tractantur: verùm orditur ille à teſtandi modo. De perſonis teſtantium agit ſecundo loco, *inf.tit.*12. De rebus, quarum inſertio ad vim teſtamenti neceſſaria, *tit.*13.*&* 14. Recenſet hic primùm hiſtoriæ cauſa antiquas atque obſoletas teſtandi formas: deinde explicat, quo ritu poſteà teſtamenta fieri cœperint, primùm per ſcripturam, deinde ſine ſcriptura, voluntate palam nuncupata. Cæterum hæc omnia pertinent ad ea teſtamenta, quæ fiunt fide privata. Publica autem fide ſi quis teſtari velit, quod hic à Juſtiniano omiſſum, poterit id facere vel coram Principe per ſupplicationem, vel apud acta judicis aut municipium; & tunc neque teſtes, neque alia ſolemnitas deſideratur, *l. omnium 19. Cod.hoc tit. & ibi Gloſſ. & DD.add. Mynſing. 6. obſ. 29. Boer.dec. 228.Chriſtin. vol.4.dec. 7. num.4.*

TEXTUS.

Etymologia.

Teſtamentum ex eo appellatur, quòd teſtatio mentis ſit.

NOTÆ.

Teſtatio mentis] Alluſio potiùs, quàm ἐτυμολογία; cujuſmodi noſtri ſæpè obrepunt, *l.* 1. *de acq.poſſ.leg.*1.*de novat.l.*2. §.2.*de reb.cred. l.* 35. §. 1.*de mort, ca. don.* Definitionem habes apud Modeſt. *leg.* 4. *D.hoc tit.* Ulpian.*tit.*20. Vide plura in comment.

COMMENTARIUS.

1 *Non proponi hic veram teſtamenti notationem, ſed alluſione quadam etymologica oſtendi rei, & vocis convenientiam.*

2 *Definitio teſtamenti, quæ Modeſtinum auctorem habet, examinata, & perfectiores producta.*

3 *Teſtamentorum uſum generaliter conſideratum, eſſe ex jure gentium; ſpecialiter ex jure civili.*

4 *Apud pleroſque populos tam liberam non fuiſſe, neque etiam nunc eſſe, teſtandi & legandi poteſtatem, quàm apud Romanos fuit.*

1 QVod *teſtatio mentis ſit*] Alluſione quadam etymologica oſtendit rei & vocis convenientiam, imitamus S. Sulpitium, qui quo efficaciùs vim rei exprimeret, teſtamentum dixit eſſe verbum duplex, compoſitum à conteſtatione mentis. Eſtque hujuſmodi alluſiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris; in jocis venuſtas delectat: in rebus ſeriis etiam utilitate, quàm in re declaranda habet, commendabilis. Qualis eſt illa Ciceronis, qui *lib.*1. *de offic.fidem ex eo appellatam*, ſcribit, *quia fiat, quod dictum eſt*. Item illa Auguſtini, quòd *mentiri inde dictum, quòd ſit contra mentem ire*. Similis eſt illa apud Priſcianum: *argumentatio dicta eſt, quaſi argutæ menti oratio*. Apud noſtros etiam crebrò id genus occurrit. Talis eſt illa Pauli & Labeonis, qui poſſeſſionem appellatam ſcribunt à ſedium propoſitione, *l.*1.*in pr. de acq.poſſ.* Et Ulp. qui ait, novationem nomen accepiſſe à nova obligatione, *l.*1.*de novat.* Ejuſdem generis inveniuntur & in *l.* 3. *de damn. inf. l. ſenatus* 35. §. 1. *de mort.ca.don. l.* 1. §. 2. *de reb. cred.* Nec abſimilis eſt illa Celſi, dicentis, jus à juſtitia appellatum eſſe, *l.* 1. *ib pr. de juſt. & jur.* Hæc autem & his ſimilia, licèt non dicantur ex vero, ſpecioſam tamen veri arguendi vim habent; ſicuti exempla & comparationes fictæ non minùs arguunt, quàm veræ. Nullamque omninò cauſam video, cur Servium illuſionis propoſitæ auctorem carpat Aul. Gell. *6.noct. Attic.*12. aut Juſtinianum tam inclementer invehatur Valla *l. 6. elegant.* 36. ut dicat, eum exploſam atque deriſam etymologiam denuò inculcaſſe; dignus profectò ipſe, qui ſibilo explodatur. Quis enim neſcit, teſtamentum eſſe verbum, non compoſitum, ſed ſimplex? & ſi de vera ejus originatione quæratur, dictum eſſe à teſtando? Quod autem convenit & verbo & ſimul rei, *teſtatio mentis*, fortuitum eſſe, nec in aliis verbis per hujuſcemodi formã productis idem evenire, atque ideò nec per ſimilem alluſionem declarari poſſe? Et iraſcor Gœddæo, qui in *l.nomen 164. de verb. ſign.* contendit, eamdem hanc derivandi rationem etiam accommodari poſſe verbis *veſtimentum, ornamentum, calceamentum*, & ejuſdem productionis cæteris; lepida ſcilicet ratione, quia & ſartor, ſutor, &c. mentis judicio in opere faciundo utuntur, aut quia nemo ſine mente ſe veſtit, ornat, calceat. Et igitur ſi Gœddæo credimus, veſtimentum ex eo appellatum rectè dici poterit, quòd veſtitio mentis ſit; calceamentum, quòd ſit calceatio mentis; an igitur & excrementum, quòd ſit mentis excretio? Mallem dixiſſet, Cerberum ſe metuere, quàm hæc tam temerè atque inconſideratè effutiiſſet. Apparet autem ex verbis hujus textus, & diſputatione Gellii, Juſtinianum & Servium non definitionem nem aut deſcriptionem aliquam teſtamenti, ſive ipſius rei proponere voluiſſe, ſed indicare rationem nominis, ὅρον ὀνοματώδη, ἤτοι ἐτυμολογίαν. Quæ & Theophili mens eſt, licèt aliud videatur doctiſſimo Salmaſio *lib. de uſufr. c.*1. Deſcriptionem teſtamenti habemus apud Modeſtinum *l.* 1. *hoc tit. Teſtamentum*, inquit, *eſt voluntatis noſtræ juſta ſententia de eo, quod poſt mortem ſuam fieri velit.* Juſtam ſententiam ſic accipimus ſolemnem, aut plenam, hoc eſt, integram

& de

Digitized by Google

& de omnibus bonis (utraque enim ſignificatio huic verbo convenit) hac nota ſatis removebuntur codicilli. Expreſſior tamen eſt illa Ulpiani *in frag. tit.* 20. qui ſic definit: *Teſtamentum eſt mentis noſtræ juſta conteſtatio, in id ſolenniter facta, ut poſt mortem noſtram valeat*. Quod Modeſtinus voluntatis ſententiam, Ulpianus conteſtationem dixit, uti & in *l. qui teſtamento* 20. §. *& veteres* 8. *hoc titul.* conteſtationem ſupremam; quoniam non eſt ſimplex voluntatis enuntiatio aut demonſtratio, ſed teſtata, hoc eſt, declarata & expoſita apud eos, qui, ut teſtes eſſent, rogati ſunt; hoc modo: *Hæc uti tabulis ſcripta ſunt, ita vos, Quirites, teſtor. Itaque teſtimonium perhibitote*. Perfectiſſima autem erit definitio, ſi ita dicamus; *Teſtmentum eſt ſuprema conteſtatio in id ſolenniter facta, ut quem volumus, poſt mortẽ noſtram habeamus hæredem*. Nam legata ad teſtamenti ſubſtantiam non pertinent, *l.* 1. §. 5. *de hæ-*
3 *red. inſtit.* Quæri hoc loco ſolet, cui juri adſcribenda teſtamenti factio, utrùm juri gentium, an civili. Dicendum eſt, ſi generaliter, ſimpliciter & indefinitè uſus teſtamentorum conſideretur, eum eſſe ex jure gentium; ſi ſpecialiter & definitè, ex jure civili. Neque aliud interpp. ſentiunt cum originem teſtamentorum ad jus gentium referunt, formam ad jus civile. Formam nimirum propriam & modum teſtandi peculiarem cujuſque reipubl. Nemo enim, opinior, tam ineptus eſt ut putet, rem ullam eſſe ſine forma, aut ſimplicem & ſecundùm jus gentium teſtandi rationem, qualis in militum teſtamentis cernitur, forma carere. Breviter, ut liceat morituris diſponere de rebus ſuis, ex jure gentium eſt; ut non aliter liceat, quàm hoc vel illo modo, ex jure civili. Hujus rei non leve argumentum eſt, licèt à poſteriori concludar, quod apud omnes ferè gentes uſu teſtamenta fuerunt, ſive jus cavendi de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri vellet. Philoſophorum ſupremas aliquot voluntates refert Diog. Laertius in *vitis Philoſoph.* Eſaias Prophera annuntiat Ezechiæ regi Judæ, ut domui ſuæ præcipiat, quaſi mox morituro, 4. Reg. 20. & Tacitus de Germanis noſtris, ut ſingulare aliquid notat, quòd nullum apud eos teſtamentum eſſet, *lib. de morib. German.* Idem quoque arguit, quòd miles, qui ſecundùm jus gentium teſtari creditur, deportatum hæredem inſtituere poteſt, *l.* 13. §. 1. *de teſtam. mil. junct. l.* 17. §. 1. *de pæn.* Et ſecundùm hæc ad populum Conſtantinus; *Nihil eſt*, inquit, *quod magis hominibus debeatur, quàm ut ſupremæ voluntatis (poſtquàm jam aliud velle non poſſunt) liber ſit ſtylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium, l.* 1. *C. de ſacroſ. Eccleſ.* Reperiuntur tamen, qui teſtamenti factionem toto ſuo genere juris merè civilis eſſe contendunt, ac ne illud quidem nobis concedunt, quod dicimus, rem ipſam ſimpliciter & per ſe conſideratam eſſe juris gentium. Negant, rationi & ſimplicitati juris gentium convenire, ut quis diſponat de re non ſua: id autem eum facere ajunt, qui diſponit in id tempus, quo dominus eſſe deſinit. Sed aſſumptio hæc falſa eſt. Non enim de re aliena, ſed ſua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus eſt, teſtator diſponit, & quid fieri velit, ordinat: licèt executionem voluntatis in tempus mortis ſuæ ſuſpendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, quàm ſi quis bona ſua omnia alicui donaret ea lege, ut ipſe, quoad vivat, uſum poſſeſſionemque eorum retineat. Nam, ut rectè docet D. Grotius *lib.* 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 6. *num.* 14. teſtamentum vi ipſa nihil aliud eſt, quàm alienatio in mortis eventum, ante eam revocabilis, retento interim jure poſſidendi ac fruendi. Ex eo quoque, quod ſucceſſio, quæ jure ſanguinis ab inteſtato deferrur, revera ex jure communi eſt, malè colligas, alienum eſſe à ratione ejuſdem juris, ultima voluntate de bonis ſuis cavere. Etenim ne illo quidem jure putandum eſt, defuncti bona ſimpliciter adduci proximis, ſed in defectum ſupremæ voluntatis ejus, qui dominus fuit, *arg. §. per traditionem* 40. *ſup. de rer. diviſ. d. l.* 1. *Cod. de ſacroſ. Eccleſ.* quem naturæ legis ordinem etiam in deferenda hæreditate lex duodecim tabularum ſecuta eſt. Reliqua, quæ contra objiciuntur, parvi ponderis ſunt. Quale eſt illud quod Papinianus ſcribit, teſtamenti factionem non privati, ſed publici juris eſſe, *l.* 3. *hoc tit.* Nam ſi jus publicum propriè accipimus, quod utilitate publicum eſt, ut in diviſione juris propoſita, §. *ult. ſup. de juſt. & jur. leg* 1. §. 2. *eod.* teſtamenti factio juris privati eſt. Publici autem juris eſſe dicitur oppoſitivè ad contractus & conventiones, quia auctoritate publica eſt, *l.* 1. *ad leg. fac. l. verbus* 120. *de verb. ſign.* nec ut contractus, privati cujuſque arbitrio, ſed legum poteſtate regitur, *l. ult. de ſuis & legit. hær.* quamquam & quæ ad jus publicum propriè pertinent, magnam partem ex moribus & inſtitutis aliarum gentium Romani petierunt. Quod pluribus expoſui ad *d.* §. *ult.* Neque majoris momenti eſt, quod de deportato profertur, cum nec teſtamentum facere, nec ex eo capere poſſe, *l.* 8. §. 1. *hoc tit. l.* 1. *Cod. de hær. inſt.* qui tamen omnia, quæ ſunt juris gentium, retinet, *l. ſunt quidam* 17. §. 1. *de pæn.* Nam nec matrimonium contrahere poteſt, nec patriam poteſtatem, nec tutelam, nec jus ſucceſſionis cognationi tributum retinet. Nimirum etſi hæc omnia ex jure gentium, tanquam ex communi fonte populus Romanus hauſerit, propria tamen ſibi fecit, & à communione eorum arcuit peregrinos. Neque enim hoc dicimus, teſtamentum eſſe juris gentium, quo modo contractus & commercia juris gentium eſſe dicuntur: ſed ex jure gentium & civili ita conflatum, ut, quamvis hic præcipuæ partes ſunt juris civilis, & ob id etiam inter ea, quæ juris civilis ſunt, teſtamentum numerandum; tamen numerandum inter ea, quæ mixti juris ſunt, non quæ merè civilis & poſitivi: quoniam ex ratione juris gentium eſt, ut quis moriturus de bonis ſuis poſſit diſponere: quo ſenſu etiam in Inſtitutionibus Græcis inter exempla juris gentium refertur [illegible] *tit. de jur. nat. gent. in pr.* reviſe ad ea quæ ſub

Digitized by Google

§.1.*ejuſd.tit.* à nobis tradita ſunt. Illud planè ridiculum eſt, quòd ex eo, quod Tacitus ſcribit; apud Germanos ſuo tempore uſum teſtamentorum non fuiſſe, nonnulli colligunt, teſtamenti factionem cum jure gentium non conſentire: nam uſum quoque emptionis & venditionis Germanos ignoraſſe idem Tacitus eodem loco prodidit, cùm apud eos nummus non eſſet, & cerebroſi hominis eſt, ex uſu unius populi & rudis adhuc de jure gentium judicare, *add. doctiſſ.*
4 *Vigl. ad* §. 2. *hoc titul.* Adjicio *ὡς ἐν παρόδῳ*, multis, viſum è republica aliquando eſſe, nimiam teſtandi & legandi libertatem præcidere, præſertim in Optimatum ſtatu, & hactenus, ut ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus *lib. 5. de repub. cap. 2.* auctor eſt, ſolis Athenienſibus uſurpatam fuiſſe infinitam legandi licentiam, eamque Decemviros à Solone acceptam in duodecim tabulas retuliſſe, & populo Romano propoſuiſſe his verbis; *Uti quiſque legaſſit ſuæ rei, ità jus eſto, l. verbis legis 120. de verb. ſignif.* Cæterarum autem gentium omnium unam legem fuiſſe, ne prædia teſtamento legare liceret: eoque jure adhuc Polonos, Danos; Suecos, alioſque populos uti. Nos ſcimus, idem ferè etiamnum obtinere in Geldria, & Diœceſi Trajectina, locis Bataviæ noſtræ proximè adjacentibus. Excepta apud nos ſunt bona feudalia, quæ teſtamento dare, legare non licet indulgentia Ordinum hujus provinciæ. At impetrata de his teſtandi licentia, poteſt Vaſallus feudum, cui velit, teſtamento relinquere, modò is, cui relinquitur, ex juſto matrimonio procreatus ſit. Et poteſt hoc facere etiam ſine permiſſu ejus, qui proximus feudi dominus eſt, ſine conſenſu ſucceſſorum feudi ab inteſtato. Simplex indulgentia non plus juris Vaſallo tribuit, quàm ut ſemel de bonis feudalibus directò diſponere poſſit vel inſtituendo vel legando: plures autem gradus faciendi poteſtas aut ſubſtituendi ſive directò ſive per fideicommiſſum non aliter competit, quàm ſi hoc quoque ſpecialiter diplomate comprehenſum fuerit, *Grot. 2. manuduct. c. 42. & ib. Groenew. in not. notab. feud.* §. 24. Apud Ultrajectenſes etiam ſimplex indulgentia poteſtatem ſubſtituendi tribuit, ſed ſemel duntaxat.

TEXTUS.

De antiquis modis teſtandi Civilibus.

1. *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, ſciendum eſt, olim quidem duo genera teſtamentorum in uſu fuiſſe; quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant: altero, cum in prælium exituri eſſent, quod procinctum dicebatur. Acceſſit deinde tertium genus teſtamentorum, quod dicebatur per æs & libram, ſcilicet quod per emancipationem, id eſt, imaginariam quamdam venditionem agebatur, quinque teſtibus & libripende, civibus Romanis puberibus præſentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera teſtamentorum ex veteribus temporibus in deſuetudinem abierunt: quod vero per æs & libram fiebat, licèt diutius permanſerit, attamen partim & hoc in uſu eſſe deſiit.*

NOTÆ.

1 *Nihil antiquitatis*] Senec. *6. de ben. 1. Etiam quod diſcere ſupervacuum eſt, prodeſt cognoſcere.*

Calatis comitiis] Calato ſeu convocato per lictorem curiarum populo, teſtamentorum confirmandorum cauſa: curiata enim hæc erant comitia, non centuriata, aut tributa, Gell. *lib. 15. c. 27.* Gruch. *in præf. lib. de comit.* In Gloſſis: *calata comitia. ἀρχαιρέσια δὶς τοῦ ἔτους γινόμενα.* Vide infr. in comm.

Per æs & libram] Gell. *ubi ſupr.* unde hæres per æs & libram apud Cic. 2. *de legib.*

Per emancipationem] Emancipare & mancipare propriè, eſt ære & libra vendere, & in dominium alicui tradere. Horat. *Si proprium eſt, quod quis libra mercatur & ære.* Per tranſlationem prædicatur de qualibet alienatione & ſubjectione. Plaut. Bacch. & Curcul. Cic. Phil. 2. & Cat. Maj.

Imaginariam venditionem] Imaginaria dicitur, quia pretium non interveniebat: ſed *νόμου χάριν* ſeſtertius nummus, v. Cujac. 10. *obſ.* 37.

Quinque teſtibus] Aderant præter libri pendem teſtes quinque, cives Rom. puberes, certiſque verbis hic actus perficiebatur, v. Ulpian. *tit.* 19. §. 2. *& tit.* 20 §. 1. 8. & Boet. *in Top.* ubi ex Cajo etiam formulam mancipationis refert, add. Salmaſ. *de uſur. cap.* 8.

Familiæ emptor] Svet. *Neron. cap. 4. Familiæ emptor*, id eſt, hæreditatis; qui initio erat ipſe hæres futurus, §. 10. *inf. eod.* poſteà autem alius ab hærede, manceps fiduciarius, qui hæredi familiam remanciparet. Theoph. quod Plutarcho *lib. de ſer. num. vend.* abſurdum videtur.

In deſuetudinem] Cauſam te docebit Th.

COMMENTARIUS.

1 *Comitiorum genera obiter expoſita, & oſtenſum, quibus comitiis teſtamenta fieri ſolebant.*
2 *De teſtamento, quod veteribus* endo procinctu.
3 *De teſtamento per æs & libram.*
4 *Quando ſuperiora genera teſtamentorum in uſu eſſe deſierint.*

QUò ratio juris de forma & modo faciendorum teſtamentorum poſtea conſtituti faciliùs & perfectiùs intelligatur, neceſſarium putavit Juſtinianus, à primordio rem totam repetere. Et ſunt ſanè multa in jure novo & poſterioribus temporibus conſtituta, quæ ſine veteris notitia perfectè intelligi non poſſunt: idque non tantùm in re hic propoſita, ſed etiam in pleriſque aliis juris Juſtinianei partibus accidit. Accommodari huc

Digitized by Google

huc poteſt illud Senecæ *lib. 6. de benef. c. 1. Etiam quod diſcere ſupervacuum eſt, prodeſt cognoſcere.* Ait autem, primis temporibus duo genera teſtamentorum populo Romano in uſu fuiſſe, quorum altero quod calatis comitiis dicebatur, utebantur in pace & otio; altero quod procinctum, cùm in prælium procincti educerentur: acceſſiſſe autem poſteà & tertium genus, quod per æs & libram fiebat. Atque hujus rei teſtem habemus etiam Aulum Gellium, qui *lib. 15. noct. Attic. c. 27.* ſic ſcribit: *Tria genera teſtamentorum fuiſſe accepimus; unum, quod calatis comitiis in concione populi fieret: alterum, quod in procinctu, cum viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur: tertium per familiæ emancipationem, cui æs & libra adhiberetur.* Idem quoque tradit Ulpian. *in fragm. tit. 20.*

Quod calatis comitiis appellabant] Tribonianus non ſatisfacit ſtudioſis antiquitatis, dum hoc genus indicat, non exponit. Sed & interpretes paucis de eo agunt, nec explent deſiderium hominis curioſi. Quamobrem ne quid antiqui moris ignoretur, videndum eſt, quænam iſta comitia, quæ Juſtinianus, Ulpianus & Gellius calara appellat, fuerint; & unde hoc iis ſolis nomen, 1 quod videtur omnibus communiter convenire. Patet ex ſcriptis veterum, maximè Ciceronis, Livii & Dionyſii Halicarnaſſenſis, tria fuiſſe, eaque diverſa comitiorum genera; curiata, centuriata & tributa: quorum antiquiſſima curiata. Nam ex quo Curiæ primùm à Romulo inſtitutæ ſunt, uſque ad tempora Servii Tullii ſexti Romanorum regis, omnia, quæ ſuffragiis populi regibus committebantur, curiatis comitiis peracta fuere: ut ex eo intelligi poteſt, quod necdum centuriæ nec tribus erant, quæ ſuffragium dicere poſſent. Itaque non modò reges, ſed cæteros etiam magiſtratus curiatis comitiis creatos fuiſſe interpretandum eſt, cum apud auctores reperimus, à populo eos creatos, & leges omnes quæ ad illud uſque tempus latæ ſunt, curiatæ fuerunt, & judicium Horatii à populo curiatis comitiis peractum eſt. At poſt claſſes à Servio rege inſtitutas, tum duo cœperunt eſſe comitiorum genera, curiata & centuriata: atque illis duobus tantùm uſus eſt populus uſque ad judicium Coriolani, qui fuit annus ab urbe condita 263. quo primum inſtituta ſunt tributa comitia, & curiata minùs ex eo tempore frequentari cœperunt. Curiata comitia dicebantur, in quibus populus curiatim ſuffragium dicebat, hoc eſt, in quibus populus per curia diviſus ſententiam rogabatur: ut quod plures curiæ ſtatuiſſent, id juſſum populi diceretur: nec auſpicato fieri poterant, niſi intra pomœrium, idque in foro, adeòque in comitio. Centuriata erant, quibus populus per claſſium centurias diviſus ſuffragium ferebat, ita ut ſuffragia colligerentur centuriatim, & quod plures cẽturiæ juſſiſſent, id jus ratumque eſſet. Hæc intra pomœrium haberi non poterant: locus eis deſtinatus erat campus Martius. Tributa comitia dicta, cùm populus tributim ſive per tribus diviſus ſuffragium iniret, in quibus quod plures tribus juſſiſſent aut vetuiſſent, ſpectabatur. Hæc autem diverſa fuiſſe à curiatis, argumento eſt, quòd tribus à curiis ſemper diverſæ fuerunt, quòdque intra aut extra pomœrium haberentur, nulla religio erat. Jus habendi comitia ſolis magiſtratibus fuit, niſi de ſacris eſſet agendum; & quidem ſolis patriciis & majoribus magiſtratibus curiata & centuriata, tributa etiam tribunis plebis. Sacrorum autem cauſa Pontifices jus habuerint vocandi comitia tam centuriata, puta creando regi ſacrificulo, quàm curiata: nam fallitur D. Vveſembecius, dum exiſtimat, magiſtratus coegiſſe centuriata comitia, calata Pontifices. Cauſæ habendorum comitiorum variæ; ad creandos magiſtratus aut confirmandos; ad leges ferendas, judicia exercenda, ſacerdotes inaugurandos, deteſtationis ſacrorum, adrogationum, & teſtamentorum faciendorum cauſa: nec tamen unæ omnium, nec eædem omnium omnibus temporibus. Singula exequi ad inſtitutum non opus eſt: adeundi Nicol. Gruchius, & Carol. Sigonius, qui de comitiis Rom. ſcripſerunt ex profeſſo. Cùm igitur præter ea, quæ diximus, nulla alia fuerint comitia, neceſſe eſt calata, quorum hic mentio fit, ſpeciem unorum ex his fuiſſe. Non fuere autem centuriata: alioqui ſequeretur, nec in urbe teſtari Quirites potuiſſe, nec omninò primis temporibus teſtari ante tempora Servii regis, à quo primùm centuriata comitia inſtituta ſunt. Multò minùs putandum eſt, hæc comitia tributa fuiſſe, quippè quorum uſus nullus fuit ante judicium Coriolani. Relinquitur ergo, ut curiata fuerint, quæ ſola primis temporibus, cum in concione teſtamenta fiebant, in urbe haberentur. Idque etiam Gellius non obſcurè indicat loco ſuperiùs citato, cum ait, iiſdem comitiis calatis ſacrorum deteſtationes & teſtamenta fieri ſolita. At ante legem Papyriam, quæ vetuit, ædes, terram, aram conſecrare injuſſu plebis, teſte Cicerone *pro domo*, conſecrationes à Pontificibus factas curiatis comitiis docet Gruch. *libr. 3. de comit. Rom. cap. 2.* Igitur, quòd in concione calatis comitiis teſtamenta olim fieri ſolita dicuntur, calatis comitiis, hoc eſt, convocato teſtamentorum confirmandorum cauſa populo, non centuriatim ſive per centurias claſſium, ut D. Viglius exiſtimat neque per tribus, ſed per curias, idque à collegio Pontificum. Ex eo autem quod veteribus frequens uſus erat verbi *calo*, quod Græcum, eſt, unde nomina *calendæ, curia calabra, claſſis, &c. Macrob. 1. Satur. 15.* exiſtimare licèt, initio comitia omnia calara fuiſſe: ſed poſtea cum id verbum in uſu eſſe deſiit, nomen calatorum comitiorum in his tantùm, quæ pro collegio Pontificum haberentur, retentum eſſe: idque Religionis & antiquitatis cauſa. Gellius ſanè, *d. lib. 15. c. 27.* refert, in libro Lælii Felicis ad Q. Mucium primò ſcriptum eſſe, Labeonem ſcribere, calata comitia eſſe, quæ pro collegio Pontificum haberentur, aut regis ſacrorum, aut flaminum inaugurandorum cauſa. Et paulò poſt, iiſdem comitiis & te-

V 2 ſtamen-

Digitized by Google

ſtamenta condita. Ac credibile eſt, ideò Pontifices teſtamentorum factionibus præfuiſſe, quia ſacra, quæ ad eos pertinebant, unà cum hæreditatibus transferrentur. Vicem horum teſtamentorum exhibere ſcribit D. Viglius, quæ precibus Principi oblatis inſeruntur, juxta *l. omnium 19. C. hoc tit.* Nam Principem poſt legem regiam quodammodò univerſum populum repræſentare. Sed & teſtamentum, quod in acta magiſtratus municipumve refertur, ejus, quod calatis comitiis fiebat, quadantenus locum ſubit, quia & ipſum publica fide fit, & quaſi totius civitatis, *d. l.* omniũ.

2 *Quod procinctum dicebatur*] Alterum teſtamenti genus antiquitus uſurpatum, cùm ad pugnam ituri eſſent, incerti an eſſent redituri, procinctum appellatum eſſe ait; pro quo malim *in procinctu*: nam teſtamentum ineptè procinctum dixeris; licèt Theophilus quoque *procinctum* legat, ut veriſimile ſit ita Tribunianum ſcripſiſſe. At enim veteres ita locuti non ſunt, ut hoc epitheton ipſi teſtamento apponerent: ſed procinctum militem, procinctum exercitum, procinctam claſſem dicebant, id eſt, multitudinem hominum ad prælium inſtructam & paratam; eo quod togis incincti olim pugnabant, quo expeditiores eſſent, teſte Feſto: hinc *procinctus*, pro *exercitus*. Ammiam. *lib. 18. procinctus adventans.* Teſtamenta autem, quæ pugnaturi inſtructa acie nuncupabant, *endo procinctu* vel *in procinctu* appellabant. Gloſſ. Lat. Græc. *endo procinctu*, ἐζωσμένοι ἐν πολέμῳ. Lucilius Balbus apud. *Cic. 2. de nat. Deor.* non procul à principio: *Itaque maximæ reipub. partes, in his bella, quibus reipub. ſalus continetur, nullis auſpiciis adminiſtrantur, nulla perennia ſervantur; nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctu teſtamenta perierunt, & lib. 1. de Orat.* apud eumdem Antonius; *Qui duos filios ſuos parvos tutelæ pupili Romani commendaſſet, ac ſe tamquam in procinctu teſtamentum faceret ſine libera atque tabulis, populum Rom. tutorem inſtituere dixiſſet illorum orbitati.* Ita quoque Feſtus, Gellius, Ulpianus *dd. loc.* Plutarchus *in Coriolan.* ita hanc rem explicat: Erat eo tempore, inquit, mos Romanis prælium inituris ſcutaque ſumpturis, ὑποζώννυσθαι τὰς τηβέννους, *præcingere togam*, ſimulque διαθήκας ἀγράφους. *teſtamenta ſine ſcripto* facere, & tribus aut quatuor audientibus hæredem nuncupare.

3 *Quod dicebatur per æs & libram*] Ἀπαίσιον: ut ſcribit Theophilus, hoc eſt, *inauſpicatum* veteribus viſum fuit, ſano & valente corpore teſtamentum facere velle, extra quam ſi præſens periculum foret, veluti ſi in hoſtem pugnandum eſſet, aut comitia teſtamentis faciendis ex profeſſo haberentur: quod bis tantùm in anno, ſi eidem Theophilo credimus, fiebat. Sed cùm hinc eveniret, ut ne ægrotantibus quidem ſemper libera eſſet teſtamenti factio: nec fœminæ, quibus nulla comitiorum communio erat teſte Gellio *lib. 5. cap. 19.* ulla ratione teſtari poſſent, excogitata poſtea eſt tertia teſtandi ratio, ſecundùm quam & quovis loco ac tempore, & fœminis etiam ſuprema judicia ordinare liceret. Hic modus teſtandi per æs & libram dictus, quia per mancipationem, in qua æs & libra adhibebatur, fiebat, unde hæres per æs & libram apud Ciceronem *2. de legib.* Et ſciendum eſt, Romanos primis temporibus ære gravi atque argento rudi, non ſignato, uſos fuiſſe pro pecunia, atque hæc appendere, non numerare ſolitos: ſignata pecunia demum poſt Pyrrhum Regem devictum uti cœpiſſe, eamque numerare, auctore *Plinio lib. 33. cap. 3.* Verba tamen vetera etiam poſteà retenta ſunt, ut, pendo, appendo, expendo, nominaque ab his derivata; & imago quædam vetuſti moris in venditione atque alienatione rerum mancipi, quæ uno verbo mancipatio dicitur, (Cicero *in Topic.* traditionem nexu vocat, propterea quod hæc mancipationem ſequebatur) nimirum ut is, in quem hæ res transferebantur, eas emeret a domino ære & libra, appenſo ei νόμου χάριν, dicis cauſa, numero uno. Atque hoc modo pleniſſimo & optimo jure dominium in accipientem transferebatur, pleno ſcilicet jure Quiritium, cùm alioqui bonitarium dumtaxat tranſiret. Quo accommodandum illud Horatii:

Si proprium eſt, quod quis libra mercatur & ære.

Aderant præter libripendem quinque teſtes, cives Romani, puberes, certiſque verbis hic actus perficiebatur, *vid. Ulp. tit. 1. §. 11. & tit. 19. §. 2. & Boet. in Top Cic.* apud quem etiam extat mancipationis formula, *Is*, inquit, *qui mancipio accipit, æs tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum eſſe ajo, iſque mihi emptus eſt hoc ære æneaque libra. Deinde ære percutit libram, indeque æs ei dat, à quo mancipio accipit, quaſi pretii loco*: ita rectè eum locum emendat vir omni prædicatione dignus, ſed omni major, Cl. Salmaſ. *lib. de uſ. c. 8.* Traductum hoc poſteà & ad translationes univerſitatis bonorum, ut futurus ſucceſſor familiam, id eſt, univerſam ſubſtantiam teſtatoris εἰκονικῶς emeret, quo poſt mortem ejus hoc tanquam juſto titulo bona poſſidere intelligeretur. Eadem quoque ſolemnitas adhibita fuit in adoptionibus & emancipationibus liberorum, ut alibi vidimus.

Quod per emãcipationem] Ita quoque Theophilus: Aul. Gellius, *lib. 15. c. 27. per familiæ emancipationem*, nec video, cur potiùs legendum *mancipationem*. quod vult D. Bachovius. Etenim veteres non minùs verbo *emancipare*, quàm *mancipare* utuntur, pro mancipio dare, tradere, vendere, alienare. Cicero de Senect. *Ita ſenectus honeſta eſt, ſi nemini emancipata eſt.* Plaut. *in Bacch. Nunc mulier tibi me emancupo, tuus ſum.* Horat. *epod. 9.*

Romanus (eheu poſteri negabitis)
Emancipatus fœmina
Fert vallum & arma miles.

id eſt, δεδουλωμένος τῇ γυναικί. Tranquillus *in Othone c. 4. Cuidam cum vicino de parte finium litiganti adhibitus arbiter totum agrum redemit, emancipavitque.* Plinius *lib. 7. epiſt. 18. Agrum ex meis longè pluris exactori publico emancipavi.* Cicero *2. Philipp. Tum iſte venditum atque emancipatum*

Digitized by Google

patum tribunatum conſiliis veſtris oppoſuit, quo tamen loco non ignoro etiam *mancipatum* legi.

Imaginariam quamdam venditionem] Duabus de cauſis venditionem hanc imaginariam fuiſſe ſcribit Hotomannus: primùm quia revera venditio non erat, ſed liberalis bonorum omnium translatio, cùm dicis tantùm causâ nummus unus appenderetur teſtatori: deinde quia familiæ emptor, in quem tamquam in hæredem ea bona per mancipationem transferebantur, hæres non erat, ſed alius ab hærede. At oportebat diſtinguere tempora: nam quo tempore hæc teſtandi ratio primùm introducta eſt, ipſe hæres futurus familiam emebat: quod bis hoc loco teſtatur Theophilus, & intelligere licet ex §. *ſed neque* 10. *infr. eod.* Progreſſu autem temporis, cùm, ut credibile eſt, quod veterum ſimplicitas & probitas antea non conſideraverat, experimentis compertum eſſet, eam rem teſtatori periculoſam eſſe; atque inſuper etiam cauſam odii in teſtatorem, invidiæ in hæredem, legitimis ſucceſſoribus præbere: receptum eſt, ut palam quidem ſolemnitatis adimplendæ cauſa familiæ emptor adhiberetur, ſed qui, ut manceps fiduciarius, hæredi ſeorſum in tabulis clauſis ſcripto, mortuo teſtatore, familiam remanciparet. Cujus rei cauſam cùm Plutarchus non intelligeret, in libro, cui titulus eſt, *de ſera Numinis vindicta*, de Romanis loquens, hic ſcribit: ὅταν διαθήκας γράφωσιν, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας ὅδοκεῖ παράλογον. Transferantur huc verba Ulpiani ex *tit.* 20. §. 8. *In teſtamento*, inquit, *quod fit per æs & libram, duæ res aguntur, familiæ emancipatio & nuncupatio teſtamenti. Nuncupatur teſtamentum in hunc modum; Tabulas teſtamenti teſtator tenens, ita dicit: Hæc uti his tabulis ceriſve ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor: itaque vos Quirites teſtimonium perhibetote*; quæ nuncupatio & teſtatio vocatur.

Priora duo genera in deſuetudinem abierunt] Recepto uſu teſtamenti per æs & libram, priora illa duo minùs frequentari cœperunt, paulatimque abiere in deſuetudinem. Et quidem jam ætate Ciceronis perierant teſtamenta in procinctu, ſicut ipſe teſtatur, *lib.* 2. *de nat. Deor.* ſed nec teſtamenta calatis comitiis arbitror diu poſtea manſiſſe: quod colligere mihi videor ex verbis Labeonis, qui apud Gellium *d. lib.* 15. *c.* 27. ſic ſcribit: *Iiſdem comitiis, quæ calata appellari diximus, & ſacrorum deteſtatio & teſtamenta fieri ſolebant.* Utitur Labeo verbo temporis præteriti: ut intelligamus, olim iſta fieri ſolita, ſuo autem tempore duo iſta genera calatorum comitiorum in uſu ampliùs non fuiſſe; & perperam Bachovius ex eo, quod Labeo eodem loco ſcribit, tria genera teſtamentorum fuiſſe, in procinctu, calatis comitiis, per æs & libram, colligit, ætate Labeonis atque adeò Gellii teſtamenta calatis comitiis adhuc uſu fuiſſe; nam eadem ratione colligas, eodem tempore viguiſſe adhuc teſtamenta in procinctu: quod falſum eſſe conſtat ex d. loco Ciceronis. Illud utique certum eſt, tempore mediæ juriſprudentiæ comitiis teſtari deſitum fuiſſe, teſtis Ulpian. *in fragm. d. tit.* 20. §. 1.

Quod verò per æs & libram, &c.] Priora illa duo teſtamentorum genera jam diu exoleverant, cùm per æs & libram adhuc frequentarentur. Ulpianus d. loco ſcribit, ſuo tempore id ſolùm in uſu fuiſſe, nimirum ex teſtamentis, quæ ad jus civile pertinebant, ſcilicet prioribus illis duobus abolitis: nam ſecundùm formam à prætore introductam, & juris mixti eo tempore teſtamenta quoque fieri ſolita, multis auctoritatibus doceri poteſt, *l. ad teſtium* 22. §. *ſi quis l. pen. hoc tit. cum ſimilib.* & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit teſtamentorum obſignatorum. Ait, *Partim & hoc in uſu eſſe deſiniſ.* An hoc ideò dicit, quia familiæ emptor poſtea alius eſſe cœpit ab hærede? Sed hoc factum jam olim & ſtante adhuc repub. Arbitror, Juſtinianum hoc ſignificare voluiſſe, cùm in teſtamento, quod per æs & libram fiebat, duæ res antea agerentur, familiæ mancipatio, & nuncupatio teſtamenti, ſolemnitatem familiæ mancipandæ paulatim exoleviſſe: ſolum alterum, nuncupationem ſcilicet teſtamenti, ſive ſolemnem voluntatis conteſtationem & quodammodò numerum teſtium uſque ad ſua tempora manſiſſe; ſicut apparet ex mixta teſtandi forma, qua poſteritas uti cœpit, §. 3. *inf. eod.* quo loco hoc innuit ipſe Juſtinianus. Illa mera ſomnia ſunt, quæ à quibuſdam afferuntur, ideò teſtamenta per æs & libram deſiiſſe fieri, quia emptio iſta bonorum teſtatoris viſa ſit eſſe contra bonos mores, & pactum de futura ſucceſſione, quod votum captandæ mortis inducat: neque enim vera emptio erat, aut hic ejus effectus, ut teſtamentum mutare non liceret; nec idem jam olim hæres, qui familiæ emptor; & Theophilus, quem ajunt eamdem hujus deſuetudinis rationem reddere, tantùm indicat, cur alium emptorem familiæ, alium hæredem eſſe placuerit: quamquam & ipſe fallitur, dum id Juſtinianum hoc loco ſentire exiſtimat.

TEXTUS.

De antiqua teſtandi ratione Prætoria.

2. *Sed prædicta quidem nomina teſtamentorum ad jus civile referebãtur. Poſtea verò ex edicto prætoris forma alia faciendorum teſtamentorum introducta eſt. Jure etenim honorario nulla mancipatio deſiderabatur*, [2] *ſed ſeptem teſtium ſigna ſufficiebant: cùm jure civili ſigna teſtium non eſſent neceſſaria.*

NOTÆ.

2. *Nulla mancipatio*] Et ideò tale teſtamentum jure civili non ſubſiſtebat, prætor tamen ex eo dabat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas. Ulp. *tit. pen.* §. 5.

Sed ſeptem teſtium] Prætor duos teſtes in locum libripendis & familiæ emptoris ſurrogavit: cui ſimile apud Cajum *lib. Inſt.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Nimiæ curioſitatis eſſe, velle indagare, cur in omnibus emancipationibus placuerit ad minimum quinque teſtes adeſſe, confutatis plerorumque rationibus.*

A*D jus civile referebantur*] Opponitur hoc loco jus civile prætorio: quod cum ſit, cæteras partes juris civilis intelligere debemus, quæ ſcilicet ex legibus, plebiſcitis, Senatusconſultis, decretis principum, auctoritate prudentum veniunt, *l.7.de inſt. & jur.* Sine ulla autem ratione eſt, quod D.Hotomannus cum prætorio jure hic comparari exiſtimat id tantùm jus, quod auctoritate prudentum, à quibus & formulæ aliæque ſolemnitates profectæ ſunt, introductum eſt: nam teſtamentorum uſus in comitiis & procinctu antiquior eſt ipſis 12. tabulis, quibus tamen poſterius eſt jus, quod à conſultis compoſitum eſt, & communi nomine appellatum civile, *l.2.§.his legib.5.de orig. jur.* Et modi alienandi per nexum & mancipationem ex lege 12.tabularum deſcendunt. Planè imaginariæ mancipationes inventum ſunt Juriſconſultorum; nec dubito, quin etiam teſtamentum per æs & libram, ſolemnitate mancipationis rerum ſingularum inter vivos producta ad alienationem bonorum omnium per ultimam voluntatem.

Iure honorario nulla mancipatio deſiderabatur, ſed ſeptem teſtium ſigna] Teſtandi ratio jure prætorio introducta, ſimplicior eſt atque expeditior, quàm illa juris civilis per nexum & imaginariam mancipationem, quippe cùm prætor nihil aliud deſideraret ad vim teſtamenti, quàm ut id ſeptem teſtibus propoſitum atque ab iis obſignatum eſſet. Licèt enim tale teſtamentum jure civili non ſubſiſteret propter defectum mancipationis: tamen prætor ſecundùm illud bonorum poſſeſſionem ſcriptis in eo hæredibus dabat, *Ulp. tit.pen. §.5.* Ait, *ſeptem teſtium ſigna.* In eo, quod jure civili fiebat per æs & libram, non plures teſtes neceſſarii, quàm quinque: qui numerus legitimus erat in omni mancipatione. Sed Prætor, ut ſolemnitatem juris civilis contempſerit, numerum tamen civium, quem adeſſe in teſtamentis oportebat, minui noluit: ideòque duos teſtes in locum libripendis & emptoris familiæ ſurrogavit. Simile huic eſt, quod apud Gajum 1. *Inſtit. tit.6.§.* legimus, *in emancipatione liberorum, cùm antea quinque teſtes tum libripende & anteſtato intervenirent, poſtea pro libripende & anteſtato duos alios teſtes adhibitos, ut ſeptem teſtium nu-*
2 *merus impleretur.* Nimiæ autem curioſitatis eſt, indagare velle, cur placuerit, in omnibus mancipationibus ad minimū quinque teſtes præſentes eſſe. D.Giphanius & Bachovius ſuſpicantur, originem hujus quinarii numeri ductam à numero quinque claſſium, quas Servius Tullius inſtituit, atque ad hujuſmodi actus cōfirmandos ſingulos teſtes è ſingulis claſſibus initio accitos fuiſſe, ut quodammodò coram univerſo populo celebrati viderentur; proindè, quaſi ſinguli teſtes ſuam claſſem, univerſi populum univerſum repræſentaſſent. Nec obſtare ait D.Bachov. quod Dionyſ. Halicarnaſſenſis ſcribit, non quinque, ſed ſex claſſes à Servio rege inſtitutas: nam ſextam claſſem, quę infimi cenſus erat, contemptam & nullo pene loco habitam fuiſſe. Mihi hæc conjectura doctiſſimorum virorum nulla probabili ratione niti videtur. Nam ſi per quinque iſtos teſtes populum repræſentari veteres intellexiſſent, numerum iſtum non auxiſſet in ſuo teſtamento Prætor. Deinde voluntas populi non ex numero claſſium, ſed centuriarum cenſebatur; nec quòd plures claſſes, ſed quòd plures centuriæ juſſiſſent, id ratum habebatur: unde ſi vel primæ claſſis centuriæ (quæ reliquam multitudinem tribus centuriis ſuperabat) conveniſſent, ſecundæ aut inferiorum claſſium non vocabantur. Quapropter ſi Bachovii rationem ſequamur, potuit vel unus teſtis ſufficere, ut actus coram majore parte centuriarum celebratus videretur cuivis maximi cenſus, primam claſſem, hoc eſt, nonaginta & octo centurias repræſentans, *vid. Dionyſ. Halicarn. lib.4.* Nec Feſto claſſici teſtes, quos dictos ait, qui teſtamentis ſignandis adhibebantur, ſunt teſtes ex ſingulis claſſibus collecti, ſed cives Romani; eò quòd cives omnes in claſſe aliqua cenſebantur, & qui claſſem non habebant, nec cives Romani erant: quomodò & Joſ.Scaliger hoc accepit. Errat enim Calepinus, qui putat, per claſſicos teſtes Feſtum intellexiſſe homines primæ claſſis, aut primæ dignitatis: nam ſatis fuiſſe conſtat, ſi viri honeſti eſſent & integræ famæ: quamquam antiqui etiam ita locuti ſunt, ut claſſicos dicerent, non omnes, qui in claſſibus erant, ſed primæ tantùm claſſis homines: unde per tranſlationem auctores claſſici appellati, primæ notæ, aſſidui, non proletarii ſcriptores, *vid.Gell.lib.7. c.23.& l.19. c.8.* Sunt, qui ideò quinque teſtes adhibitos ſcribunt, quia totidem tribubus populus conſtabat, Timæ *Fab.diſp.anniverſ.18.Hopper. hic in not.* qui magna in antiquitatis ignoratione verſantur: nuſquam enim invenias, populum unquam in quinque tribus diviſum fuiſſe; quod quidem Faber etiam fatetur; ſed exiſtimat, à Romulo tres tribus factas, eaſque duplicatas à Tarquinio Priſco: itaque vice populi ſex teſtes adhibitos, quorum tamen unus nomen ac munus libripendis aſſumeret. At enim ſi Livio credimus, nullæ tribus à Romulo factæ, quæ quidem univerſam multitudinē continerent: ſed tres modò equitum centuriæ, ex omni multitudine ſelectæ, quarum numerū Tarquinius, quia videbat equitem maximè ſuis viribus deeſſe, poſteà auxit. Et eodem auctore primùm factæ tribus quatuor à Servio Tullio partibus urbis diſtinctæ, quod & Dion.Halicar.*lib.4.confirmat.* quo loco etiam refert, Fabium ſcriptum reliquiſſe, agrum præter ea univerſum in viginti & ſex partes diviſum fuiſſe: quas tribus ruſticas ſi cum urbanis conjungas, fient tribus triginta. Subjicit tamen, Venonium memoriæ prodidiſſe, triginta & unā tribus

Digitized by Google

ſub rege Servio fuiſſe. Libro autem ſeptimo apud eumdem de judicio Coriolani ſic ſcriptum reperimus; *Cum una & viginti tribus Romæ eſſent, quæ miſſæ ſunt in ſuffragium, novem habuit Martius: à quibus abſolutus eſt*. Proindè longè majorem numerum teſtium adhiberi oportet, ſi per eos tribuum numerum repræſentari volumus, & poſt expletum triginta quinque tribuum numerum teſtes quinque & triginta.

Cùm jure civili ſigna teſtium non eſſent neceſſaria.] In teſtamento, quod fiebat per æs & libram. In eo enim duæ tantùm res neceſſariæ erant, familiæ mancipatio & nuncupatio teſtamenti, ſive voluntatis teſtibus exhibitæ ſolemnis conteſtatio, *Vlp. tit.* 20. §. 8. quod poſtremum tamen tunc demum receptum videri poteſt, poſtquàm cœpit alius hæres ſeorſum in chartis vel tabulis ſcribi, alii familia palam mancipari: niſi fortè ad legata referas, quæ ad familiæ mancipationem non pertinebant. Auctor enim Theophilus eſt, teſtatorem poſt mancipationem mox ordinaſſe, quid poſt mortem fieri vellet, & familiæ emptori, ſive hæredi dicere ſolitum, *Huic volo dari fundum, illi domum, alii centum numiſmata*.

TEXTUS.

De conjunctione juris Civilis & Prætorii.

3. *Sed cum paulatim, tam ex uſu hominum, quàm ex conſtitutionum emendationibus cœpit in unam conſonantiam jus civile & prætorium jungi, conſtitutum eſt, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodò exigebat, ſeptem teſtibus adhibitis, & ſubſcriptione teſtium, quod ex conſtitutionibus inventum eſt, & ex edicto Prætoris, ſignacula teſtamentis imponerentur: ita ut hoc jus tripertitum eſſe videatur: & teſtes quidem, eorumque præſentia, uno contextu, teſtamenti celebrandi gratia, à jure civili deſcendant: ſubſcriptiones autem teſtatoris & teſtium ex ſacrarum conſtitutionum obſervatione adhibeantur: ſignacula autem & teſtium numerus ex edicto Prætoris.*

NOTÆ.

Septem teſtibus adhibitis] Specialiter rogatis, aut certioratis ſe ad teſtamentum adhiberi, *d. l.* 21. §. *pen.* Ex Nov. *Leon.* 41. quinque ſufficiunt: quod jus in Oriente receptum fuit. Græci *ad l.* 5. *D. ſi tab. teſt.* Harm. *lib.* 5. *tit.* 1. §. 47. Baſil. 35. *tit.* 2. & 3. & *lib.* 45. ἡ δὲ συνήθεια ἐπὶ πάσης διαθήκης πέντε μάρτυρας ἐδέξατο.

Quodammodò] Nam jus civile quinque tantum teſtes exigebat, reliqui duo in vicem ponderatoris & familiæ emptoris à prætore ſubſtituti.

Vno contextu] Μιᾷ ὁρμῇ, nullo actu alieno interveniente, *d. l.* 21. §. *ult.* niſi fortè talis ſit quem ratio morbi teſtatoris, vel neceſſitas naturæ efflagitet, *l.* 28. *C. eod.* Hoc ampliùs & in conſpectu teſtatoris teſtimonii officio fungi neceſſe eſt, *l.* 9. *C. eod.*

Subſcriptiones teſtatoris, &c. Ita conſtitutum à Theodoſ. *l.* 21. *Cod. eod.* additumque, ſi teſtator litteras ignoret, vel ſubſcribere nequeat, octavam ut ſubſcriptorem adhibeat. Adeò autem & ſubſcriptio & ſimul obſignatio neceſſaria, ut alterutro omiſſo teſtamentum vitietur, *l.* 22. §. 4. *D. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Recepto teſtamento mixto, quale hic deſcribitur, non ſtatim antiquata teſtamenta per æs & libram, neque vim teſtamenti prætorii enervatam.*

2 *Numerum ſeptem teſtium requiri ad ſolemnitatem ordinationis, non cum quod obſcurius dictum eſt, poſtea teſtator explanat.*

3 *Subſcriptiones teſtium jam tempore mediæ juriſprudentiæ in uſum fuiſſe.*

4 *Lege Cornelia teſtamentaria edictum Prætoris de obſignandis tabulis confirmatum.*

5 *In teſtamento ſcripto non exigi, ut teſtis intelligat ſermonem teſtatoris.*

6 *Teſtes rogatos adeſſe oportere: nec non alia quædam ſcripto teſtamento cum nuncupativo communia.*

7 *Quid ſit, uno contextu actus teſtari: & num contractus in teſtamento aut inter teſtandum celebrari queant.*

8 *An non obſtante ſolemnitatis alicujus omiſſione voluntas teſtatoris obliget in foro conſcientiæ.*

T*Am ex uſu hominum, quàm ex conſtitutionum emendatione*] Senſus eſt, eùm duo eſſent ſimplicia teſtamentorum genera, unum civile, alterum prætorium, uſu hominum jus civile cum prætorio hac in parte coaluiſſe, atque inde mixtum extitiſſe teſtamenti genus, ex utroque illo jure collectum: quod & conſtitutionibus poſtea probatum ſit; addito, ut teſtator & teſtes omnes ſubſcriberent: ut adeò forma conficiendi per ſcripturam teſtamenti, qua poſterior ætas uti cœpit, quamque Juſtinianus hic deſcribit, ex triplici jure conflata ſit; ex jure civili antiquo, ex novo conſtitutionum Principalium, atque ex jure honorario. Per hoc tamen non ſtatim antiquata fuit civilis ratio teſtandi per æs & libram *Vlpian. tit.* 20. §. 8. neque prætori teſtamenti vis aut uſus ſublatus: de quo ſub §. *non tamen infr. quib. mod. teſt. inf.* 1

Vno eodemque tempore] Hæc ſubtilitas ex jure civili eſt, *l. qui teſtam.* 20. §. & *vetera* 8. *l. hæredes palam* 21. §. *ult. hoc tit. l. cum antiquitas* 28. *C. eod.* Eſt enim ex jure civili, quòd actus ſolemnes & legitimi continui eſſe debent, & uno contextu abſolvi, *l. continuus* 137. *de verb. obl. l.* 12. *de duob. reis.* Ait, autem, *quod jus civile quodammodò exhi-*

Digitized by Google

bebat, *quodammodò*, id eſt, *ferè*. Additum,
quia ait, *ſeptem teſtibus adhibitis*. Nam jus ci-
vile quinque tantùm teſtes exigebat, reliqui duo
pro libripende & familiæ emptore à Prætore ſub-
ſtituti: & ideò paulò poſt juri civili adſcribit dū-
taxat actus continuitatem & teſtium præſentiam,
2 numerum teſtium juri prætorio. Illud notan-
dum eſt, numerum iſtum ſeptem teſtium requiri
ad ſolemnitatem ordinationis teſtamenti, ſive
cum de ſubſtantialibus, ut loquuntur, teſtamen-
ti quæſtio eſt: non autem ubi quod obſcuriùs in
teſtamento dictum ſcriptumve, poſt ſolemnia te-
ſtator explanat, veluti ſi cùm Titio centum le-
gaſſet, & multos Titios amicos haberet, poſtea
declaraverit, de quo ſenſerit, *d.l. hæredes palam*,
§.1 hoc tit. Leo quinque teſtes ſufficere voluit,
Nov. Leon. 41. quod receptum in Oriente, *Græc.
lib. 45. Baſil. tit. 1.*

Subſcriptione teſtium] Et teſtatoris, ut mox.
Ita enim conſtitutum à Theodoſio *l. hac conſultiſ-
ſima 21. Cod. eod.* additumque, ſi teſtator litteras
ignoret, vel ſubſcribere nequeat, octavum ut ſub-
ſcriptorem adhibeat. Cæterum ex conſtitutione
Juſtiniani, ſi teſtator propria manu totum teſta-
mentum conſcripſerit, idque ſe feciſſe in tabulis
ſpecialiter expreſſerit, nihil opus eſt vel ipſūm
vel alium ejus nomine ſubſcribere, *l. cum anti-*
3 *quitas 28. C. eod.* Quo tempore, aut à quo pri-
mùm Principe teſtium ſubſcriptio introducta ſit,
incertum eſt. Illud conſtat, jam apud antiquiores
ita jus fuiſſe, atque adeò ætate Juriſconſultorum
Pauli & Ulpiani, *l. ad teſtium 22. §. 4. l. pen. hoc tit.*
quos Papinianum aſſeſſores habuiſſe à Lampridio
proditum eſt.

Ex edicto prætoris ſignacula] Obſignationem
teſtium eſſe ex edicto Prætoris, indicant *l. ſi teſta-
mentum 23. eod. §. non tamen infr. quib. mod. teſt.
infirm. Vlpian. tit. 3. §. ſi ſeptem.* Quamobrem
4 quod M. Tullius 3. *Verr.* meminit tabularum te-
ſtamenti obſignatarum è lege, legem intelligens
Corneliam teſtamentariam, rectè D. Vveſembe-
cius ſic accepit, Syllam, quod jam ante ex edicto
erat, lege ſua comprehendiſſe, non ut edictum
tolleret, atque ex lege à ſe lata in poſterum ſi-
gna adhiberi vellet, ſed potiùs ut auctoritatem
edicti confirmaret. Obſignatio autem argumen-
to certiſſimo eſt, ſcripturam jure prætorio ne-
ceſſariam fuiſſe, ut obſignationis illius ſubje-
ctum cum jure civili, quod nec ſubſcriptionem
nec obſignationem deſiderabat, ſcriptura non
omnino neceſſaria fuerit: quamvis credibile ſit,
frequentiùs ob rei memoriam ſcripturam inter-
veniſſe, quod & tutius eſſe cœpit, poſtquàm hæ-
res emptor familiæ eſſe deſiit. Adeò autem &
ſubſcriptio & ſimul obſignatio neceſſaria eſt, ut
deficiente alterutra teſtamentum injuſtum ſit, *l.
ad teſtium 22. §. ſi quis 4. hoc tit.* teneaturque fal-
ſi crimine tabellio, qui non utramque adhiben-
dam curavit, *l. jubemus 29. C. eod.*

Et teſtes quidem & eorum præſentia] Quod te-
ſtium præſentiam requirit, non videtur eſſe pro-
prium teſtium teſtamentariorum, ſed commu-
ne omnium, qui ad actum aliquem celebrandum
adhibentur. Non eſt autem ſatis corpore teſtes
præſentes eſſe, niſi & animo ſint, intelligantque
voluntatem teſtatoris. Neque tamen ſermonis
intelligentiam requirimus, ſed placet ſufficere,
ſi vel ſenſu quis percipiat, cui rei adhibitus ſit.
Enimverò durare teſtes debent, donec ſuprema
conteſtatio peragatur; invitos tamen retinere non
licèt, & ſi retenti ſint, teſtamentum non ſubſiſtit
l. qui teſtamento, §. antepen. & ſeqq. eod. Adhæc ro-
gati adeſſe debent, aut ſaltem ſi alterius rei cauſa
collecti ſint, ante teſtimonium certiorati, ſe ad
teſtamentum adhiberi, *l. hæredes 21. §. pen. eod.
l. 21. C. eod.* neque hæc ſolemnitas, cùm ſit extrin-
ſeca, præſumitur interveniſſe, etſi in teſtamento
ſcriptum ſit, *præſentibus teſtibus infraſcriptis*; ſed
juxta communem ſententiam probari debet, niſi
additum ſit, *& cætera*, aut notarius nominatim
rogationis fecerit mentionem, *Viv. comm. op.
verb. teſtes tam in teſtamento*, *Farinac. lib. 2. de
teſtib. tit. 6. Vaſq. lib. 2. de ſucc. creat. §. 23. reg. 8.
num. 53. Graſſ. §. teſtamentum quæſt. 58. Mantic. 2.
de conj. ult. vol. tit. 11.* Hoc ampliùs & in conſpe-
ctu teſtatoris teſtimonii officio fungi neceſſe eſt,
l. 9. C. eod. Quapropter non eſt ſatis, ut quidam
tradiderunt, teſtes oculatos eſſe, ſi teſtatorem ipſi
non videant, fortè velo aut cortina interjecta
conſpectum adimente, licèt vocem ejus audiant:
ſed neceſſe eſt, ut faciem ejus videant, ne
qua fraus fiat, alio fortè ſubornato, qui vocem
teſtatoris imitando ſimulet, ut ille, de quo Cy-
nus teſtatur in *d. l. 9.* qui obrepſerat mulieri ſimu-
lando vocem mariti. Eſtque hæc receptior inter-
pretum ſententia, teſte Sichardo *in d. l. 9. n. 2.* ubi
tradit, Gloſſam *in l. 2. § idem Labeo 8. de aqu. plur.
arc.* contra ſententiam communiter reprobari,
*add. Clar. §. teſtamentum qu. 59. Chriſtin. vol. 4. deciſ.
7. n. 5. Graſſ. d. §. teſtamentum q. 59. n. 4.*

Vno contextu] Μιᾷ ὁρμῇ, ἀδιαλείπτως, uno eo-
demque die ac tempore, *l. hac conſultiſſima 21. C.
hoc tit.* nulloque ab inſtituto negotio alieno in-
terveniente, *l. hæredes palam 21. §. ult. hoc tit. d. l.
21. Cod. eod.* niſi fortè talis ſit actus, quem ratio
morbi teſtatoris, vel neceſſitas naturæ efflagitet,
etiam in teſtibus: quod pluribus explicat Juſti-
nianus, *l. cum antiquitas 28. Cod. eod.* ut tamen ſi
quid ſupervenerit, ob quod aliquis è teſtibus
diutiùs abeſſe cogatur, alius teſtis ſubſtitui de-
beat, *d. l. 28.* Cæterum hæc non eò pertinent, ut
teſtator teneatur eodem tempore & teſtes adhi-
bere & teſtamentum ſcribere vel dictare ac fini-
re, ſed ad nuncupationem teſtamenti ſive ipſam
teſtationem & declarationem voluntatis, cum
ſcilicet teſtamentum ſubſcribendum & obſignan-
dum teſtibus in eam rem adhibitis offertur: nam
quin alio tempore teſtamentum conſcribere, &
ſcriptionem ſæpiùs interrumpere, alio verò teſtes
ad ſolemnia adhibere poſſit, non ambigitur, *d.
l. 21. Cod. de hoc tit.* Cùm igitur uno actus cõtextu
tentari oporteat, negotioque alieno ad teſta-
mentum non pertinente interpoſito actus ille
interrumpatur, vitieturque teſtamentum, hinc fa-

Digitized by Google

tilè colligere eſt, quid judicandum ſit de quæ-
ſtione, quæ vulgò moveri ſolet, an contractus
celebrari inter teſtandum poſſint: Nam ſi con-
tractus eſt actus extraneus & alienus à teſta-
mento, uti reverà eſt; neceſſe eſt, actum te-
ſtandi celebratione contractus interrumpi: ve-
luti ſi teſtator cùm jam cœpiſſet ordinare te-
ſtamentum, & necdum abſolviſſet, fundum aut
rem aliam Titio vendere aut locare inſtituat.
Quòd ſi ita quæſtio formetur, ut quæratur,
an poſſit contractus fieri in ipſo teſtamento;
ne hoc quidem admittendum videtur. Quip-
pè cùm contractus qua talis non intelliga-
tur, niſi celebratus ſit inter plures: at quæ
teſtamento caventur, ab uno caventur teſta-
tore, atque ex unius illius voluntate ſtant &
cadunt. Non obſtat igitur, quòd teſtamento
libertum aſſignare licet, *leg. 1. §. 3. de aſſign.*
libert. §. ult. inf. eod. tit. ſiquidem aſſignatio li-
berti, licèt propriè neque legatum ſit, neque
fideicommiſſum, *leg. de tit.* vim tamen legati
habet, dum jus patronatus, quod alioqui com-
mune futurum erat, uni in ſolidum relinqui-
tur. Sic pignoris, *leg. non ſit mirum 26. de pi-*
gn. act. duorum reorum, *leg. 9. de duob. reis*,
uſufructus §. 1. ſup. de uſufr. ſervitutum, *§. ult.*
ſup. de ſerv. præd. teſtamento conſtituto, con-
tractus non eſt. Neque enim cum hæc teſtator
conſtituit, cum alio contrahit, neque etiam ul-
lo modo naturam contractus aut conventionis
ſapit: ſed ut cætera, quæ teſtamento caventur,
legantur aut relinquuntur, revocari poſſunt. Gra-
8 viſſima hic moveri ſolet quæſtio, an, ſi legitimus
numerus teſtium adhibitus non fuerit, aliudve
quid meræ ſolemnitatis in teſtamento omiſſum,
veluti ſi teſtes rogati non ſint, aut tantùm ſubſi-
gnaverint ſive ſubſcripſerint, non etiam obſigna-
verint, tale teſtamentum ſaltem in foro con-
ſcientiæ hæredem ab inteſtato, cùm de voluntate
teſtatoris conſtat, non obliget ad reſtituendam
hæreditatem hæredi ſcripto, & ad legata præ-
ſtanda. Obligare negat *Domin. Soto lib. 4. de juſt. &*
jur. quæſt. 5 Clar. 3. ſent. quæſt. 90. Covar. in c. cum
eſſes 7. *de teſt.* Ajunt *Ludov. Molin. de juſt. &*
jur. tract. 2. diſp. 81. Mantic. lib. 2. de conj. ult. vol.
tit. 14. Vaſq. de ſucceſſ. creat. §. 1 n. 23. & ſeq. & de
ſucceſſ. progreſſ. §. 3. n. 3. Diod. Tulden. C. de teſtam.
n. 8. Chriſtin. vol. 4. dec. 34. quibus aſſentior. Nam
cùm in foro conſcientiæ ſola veritas ſpectetur
ſecundùm ſimplicitatem juris naturalis, *c. 1. diſt.*
1. ſufficit ad conſcientiam deviciendam, ut
ſubſit aliqua obligatio. Qualis autem ea ſit, ci-
vilis, ex qua etiam agi poſſint, an naturalis,
quæ ad petendum in foro externo inefficax,
nihil intereſt. At in quæſtione propoſita, ſi hæ-
redibus certò conſtet de voluntate defuncti,
nullamque fraudem interveniſſe, ad quam aver-
tendam ſolemnitas omnis juris civilis compara-
ta eſt, non poteſt non ſubeſſe naturalis obliga-
tio, *fac. leg. 2. C. de fideic. leg. cum amplius 84.*
§. 1. de teſtam. mil. leg. 5. §. ſi quis 15. don. int. vir.
& uxor. §. ult. inf. de fidei com. hær. leg. ult. C. eod.

Quod etiam benè intellexit Plinius, qui ob id ſæpiſſimè ſcripſit, voluntatem defunctorum, etiamſi jure deficiatur, bonis hæredibus pro jure eſſe, *lib. 2. epiſt. 10. lib. 4. epiſt. 10. lib. 5. epiſt. 7.* eòque pertinet & illud Senecæ: *Anguſta innocentia eſt, ſecundùm leges* (intellige *civiles*) *bonum eſſe.* Nimirum lex conſcientiæ, quæ eadem & naturæ, legibus civilibus non mutatur, ſed una & apud omnes eadem eſt & ſemper fuit, utpotè cordibus omnium hominum divinicùs inſcripta. Hæc lex cùm in corde loquatur, & dictet, voluntatem defuncti, quamvis irritam, ſi juris ſolemnitatem reſpicias, ſervari oportere, utique qui eam non ſervat, contra conſcientiam facit. Non obſtat, quòd lex civilis, quæ ſolemnitates introduxit, juſta eſt, & ad communem reipub. utilitatem condita, ne quid ſcilicet falſitatis in ordinandis teſtamentis committatur: nam in quæſtione noſtra præſupponimus; teſtamentum eſſe verum & ſincerum, deque eo hæredi conſtare quod ſolum in foro conſcientiæ conſideratur: Et ex converſo igitur ſalva pietate retineri quoque poterit, ſaltem quamdiu ei non contradicitur, quod relictum eſt teſtamento propter deliquium ſolemnitatis alicujus jure civili invalido. *Mant. & alii ubi ſup. Grot. lib. 3. de jur. belli & pac. cap. 7. num. 6.*

Textus.

Solemnitas addita à Juſtiniano.

4. *Sed his omnibus à noſtra conſtitutione, propter teſtamentorum ſynceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum eſt, ut per manus teſtatoris, vel teſtium, nomen hæredis exprimatur, & omnia ſecundum illius conſtitutionis tenorem procedant.*

Notæ.

4. *Nomen hæredis exprimatur* Jl. 29. C. eod. quod tamen abrogatum *Nov. 119. c. 9.* ut jam ſumma ſolemnitas iterum ad ea redeat, quæ comprehenſa, *§. præced.* In quibuſdam paganorum teſtamentis etiam de illa ipſa ſolemnitate aliquid remiſſum, *l. 8. 21. §. pen. l. ult. C. eod.* & tota ferè in teſtamentis parentum inter liberos, *d. l. 21. §. 1. & auth. quod ſine C. eod. No. 107.*

Commentarius.

1 *Quod hoc §. conſtituitur, pugnare cum principali fine teſtamenti ſcripti: tollere etiam id, quo hoc teſtamentum maximè differt à nuncupativo.*
2 *Quibus in teſtamentis paganorum, & quatenus ſolemnitates remiſſæ.*
3 *Iure Canonum ut ratum ſit teſtamentum, ſatis eſſe duos teſtes cum Parocho adhiberi: quod mores hodierni ferè ſequuntur.*

A *Noſtra conſtitutione*] Extat in *l. jubemus* 29. *C. hoc tit.* Jubet autem Juſtinianus, ut præter cæteras ſolemnitates, quas ſupra commemoravimus, etiam hæc adhibeatur, ut teſtator nomen hæredis vel in ſua ſubſcriptione aliave parte teſtamenti exprimat, vel coram teſtibus nun-
1 cupet, ſi litterarum imperitus ſit, aut propter morbi acerbitatem ſcribere nequeat. Quæ Juſtiniani conſtitutio prope eſt, ut pugnet cum principali fine, ob quem teſtamenta per ſcripturam fieri initio utile viſum fuit; ſcilicet ut teſtator ſecuritatis ſuæ cauſa nomen hæredis celare poſſet, & tabulas chartaſve, in quibus ſcriptus eſſet, clauſas vel involutas teſtibus ſignandas & ſubſcribendas proponere: unde huic teſtamento nomen myſtici. Tollitque adeò id, quo ſcriptum teſtamentum maximè differt à nuncupativo, cujus proprium eſt, ut præſentibus teſtibus nomen hæredis nuncupetur, *§. ut inf. eod. l. hæredes* 21. *pr. eod.* Atque ideo etiam, ut opinor, quod *& hic, & in d. l. jubemus*, de ſuo Juſtinianus adhibuit, iterum dempſit ac remiſit. *Nov.* 119. *c.* 9. ut jam ſumma ſolemnitatis in teſtaméto ſcripto requiſitæ iterum ad ea redeat, quæ comprehenſa ſunt, *§. prac.* & apertiùs pauló conſtitutione
2 Theodoſii, *l. hac conſultiſſima* 21. *C. eod.* Ex hac tamen ſolemnitate aliqui remiſſum eſt in quinque teſtamentorum generibus, 1. In teſtamento parentum inter liberos: ſiquidem hujuſmodi voluntatem etiam ex teſtamento imperfecto valere placuit, *d. l.* 21, *§.* 1. *C hoc tit.* & nuncupata quidem parentis voluntas omnimodò rata eſt, dum ea conſtet, ut de cæteris rebus, id eſt, ſaltem duobus teſtibus; ſcripto autem declarata, ſi tempus teſtamenti facti, & nomina liberorum, & uncias, & res, quas inter liberos diſtributas velit, expreſſerit; idque clarè & plenis litteris, non notis aut ſignis; debetque parens aut ipſe hæc ſcribere, aut ſaltem manu ſua ſubſcribere. *Nov.* 107. *unde auth. quod ſine, Cod. eod. & ib. DD. Clar. §. teſtam. quæſt.* 8. *Mynſ.* 5. *obſ.* 28. *Gail.* 2. *obſ.* 112. *Chriſtin. vol.* 4. *dec.* 7. *&* 8. *Grot.* 2. *manuduct.* 16. *Deckher. diſſert.* 2. *lib.* 2. *D. Iac. Coren. rer. jud. obſ.* 39. pleniſſimè Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviſſ. c.* 5. *add. noſtra lib.* 2. *ſel. quæſt. cap.* 17. *& ſeq.* 2. In teſtamentis ruſticanorum, quibus permiſſum quinque teſtes adhibere, ſi plures non reperiantur; remiſſæ item ſubſcriptiones litterales, definit *l. ult. Cod. eod.* 3. In teſtamento quoque tempore peſtis facto de ſolemni numero teſtium quid remittendum cenſent Interpretes, *vid. Myſ.* 1, *obſ.* 96. *Gail.* 2. *obſ.* 118. *Peck.* 3. *de teſtam. conjug.* 18. *Præſ. Everhard. Conſ.* 61. quod quidem rationem habet, utique ſi peſtis ſit vehemens, & teſtator ipſe eo morbo laboret, *Clar. §. teſtam. quæſt.* 56. *n.* 3. *Chriſtin. vol.* 4. *deciſ.* 6. *n.* 5. At jure noſtro hoc tantùm remiſſum hoc caſu videtur, ut non neceſſe ſit teſtes ſeptem ſimul jungi, junctoſque eodem tempore ſubſcribere & ſignare, *l.* 8. *C. hoc tit.* 4. quamquam cõtrarium paſſim uſu receptum, teſte Sande *lib.* 4. *tit. def.* 4. *& ibi cit.* De moribus noſtris ambigit Grot. 2. *introd. c.* 17. ſed vide Groenevv. *de leg. abrog. ad d. l.* 8. In omni teſtamento ad pias cauſas quævis voluntas ſuprema, vel coram duobus teſtibus teſtata, Canonibus rata habetur, *cap. relatum* 11. *x. hoc tit.* Poſtremò in teſtamento poſteriore, in quo ſcripti ſunt hæredes, qui ab inteſtato ad hæreditatem vocantur, placuiſſe ſufficere quinque teſtium juratorum depoſitiones; ac infirmato priori teſtamento poſteriorem hanc valere voluntatem, non tanquam teſtamentum, ſed tanquam voluntatem ultimam inteſtati; *d. l.* 21. *§. pen. & ib. DD. Cod. hoc tit.* In univerſum autem jure Ca- 3
nonico, ut ratum ſit quodlibet teſtamentum, ſufficit duos teſtes cum parocho adhibuiſſe, *cap. cum eſſes* 10. *x. eod.* Neque enim poteſt hic canon reſtringi ad teſtamenta ad pias cauſas, quod quidam faciunt propter *d. cap. relatum, eod.* Nam in *d. cap. cum eſſes*, Alexander tertius id in omni teſtamento generaliter conſtituit, nominatim improbata conſtitutione juris civilis de ſeptem teſtibus adhibendis, ut nimis longè recedentem ab eo, quod ſcriptum eſt; *In ore duorum vel trium teſtium ſtet omne verbum.* Et licèt nonnulli exiſtiment, cauſam nullam fuiſſe, cur Pontifex id, quod benè, ut ajunt, ad fraudes hominum avertendas, *l. ult. C. de fideic.* jure civili conſtitutum fuit, mutaret: tamen conſtitutionem Pontificiam uſus ferè probavit: qui & aliàs ægrè patitur nimis ſe longè abduci à ſimplicitate juris naturæ.

TEXTUS.

De annulis quibus teſtamenta ſignantur.

5. *Poſſunt autem omnes teſtes & uno annulo ſignare teſtamentum. Quid enim ſi ſeptem annuli una ſculptura fuerint, ſecundùm quòd Papiniano viſum eſt? Sed & alieno quoque annulo licet ſignare teſtamentum.*

NOTÆ.

5. *Et uno annulo*] Lex enim non ſeptem varia ſigna, ſed ſeptem teſtium obſignationem requirit, Hotom.

Una ſculptura fuerint] ἕνα καὶ τὸν αὐτὸν χαρακτῆρα. eamdem figuram ſeu imaginem habeant.

Alieno quoque annulo] Qui nullius è teſtibus ſit, ſed vel teſtatoris vel alterius cujuſcumque, *l.* 22. *§.* 2. *D. l.* 12. *C. eod.* An & alio inſtrumento ſignatorio? Negat Ulp. *d. l.* 22. *§.* 5. niſi locus ille legendus ſit interpoſita negatione, *& magis eſt; ut non tantùm annulo*, &c. quod poſtulare & antecedens videtur, & mox ſequens temperamentum, Baro. Hotom. & noviſſimè Salmaſ. *de mod. uſur. c.* 10. Michael Attal. *ſynopſ. tit.* 31. ἐπὶ δακτυλίῳ. ἤτοι βουλλωτηρίῳ.

CON-

COMMENTARIUS.

1 *Etſi tutius eſt alieno annulo ſignantem in ſubſcriptione id profiteri, tamen & eo omiſſo teſtamentum ſubſiſtere.*

2 *Quod hic de uſu annuli alieni traditur, non pertinere ad perſonas publicas, quæ ex officio ſigilla inſtrumentis apponunt.*

3 *Verum annulo dumtaxat teſtamenta ſignare liceat, an & alio inſtrumento characterem habente.*

CUm teſtes omnes teſtamentum ſolemne,
quod per ſcripturam ordinatur, ſignare
oporteat, quæſitum eſt; an neceſſe ſit, ſingulos
teſtes ſingulis annulis & unumquemque proprio
ſignare; an verò & uno poſſint omnes, & eo
quoque alieno. Et placuit, poſſe omnes ſignare, &
1 uno annulo, qui ſcilicet unius ex teſtibus ſit, &
item alieno, qui nullius ſit eorum, ſed vel teſta-
toris vel alterius cujuſcumque, *l. ad teſtium 22. §.
2. eod. l. 12. Cod. eod.* Quod quamquam interpretes
vulgò ex Durandi ſententia ſic temperant, ut
exiſtiment, debere eum, qui non ſuo, ſed alieno
annulo ſignat, id in ſubſcriptione profiteri, ne in
crimen falſi incidat; tamen ego Joan. Fabro &
Viglio, quos etiam nunc plerique ſequuntur, aſ-
ſentior, confitentibus quidem tutius eſſe, ſi men-
tio ejus rei in ſubſcriptione fiat: cæterum & eo
omiſſo teſtamentum nihilominus ſubſiſtere pu-
tant, propter ſimplicem & generalem definitio-
nem juris civilis hoc loco, & ſupra *dd. ll.* tradi-
tam. Pœnam verò non mereri, quod fit lege per-
mittente, *l. Gracchus, Cod. de adulter.* Sed & jus
prætorium, quod præter ſigna teſtium nihil re-
quirit, hac in parte non diſcrepare à jure civili.
Igitur etſi faciliùs agnoſcitur ſignum impreſſum
annulo alieno, cum id in ſubſcriptione annota-
tum eſt, cùm tamen & ſine eo recognoſci poſſit,
& vel ex eo etiam facilè, quod quiſque teſtis ex
conſtitutionibus ſubſcribere debet, qui & cujus
teſtamentum ſignaverit, *l. pen. hic tit.* non puta-
verim, vitiari teſtamentum ſignatum annulo
alieno ob id, quod ſignator non adjecerit, annulo
alieno ſe ſignaſſe. Unde tamen minimè efficitur,
quod docuit Bart. in *l. 2. teſtam. quom. aper.* mortuo
uno ex teſtibus ante apertas tabulas teſtamen-
tum concidere: nam cùm inſpectio ſigillorum
non pertineat ad formalem aliquam teſtamenti
ſolemnitatem, ſed ad probationem dumtaxat vo-
luntatis, cur ſi ea aliunde probari queat, non
ſubſtineatur defuncti judicium? Et quid ſi unus è
teſtibus mutus, ſurdus, cæcus aut furioſus factus
fuerit? *vid. D. Vigl. ad §. ſed cum 7. hoc tit.* ubi
2 multas contra Bart. allegat auctoritates. Planè
quod hic de uſu annuli alieni in ſignando tradi-
tur, trahendum non eſt ad perſonas publicas,
quæ ſigilla ex officio inſtrumentis appendunt, &
verbi cauſa notarios. Nam ab his præciſè requi-
ritur, ut ſigilla ſua apponant, idque auctoritatis
& fidei publicæ cauſa, atque ut in dubio ex
unius cum altero comparatione cognoſci poſſit,
Nov. 73. c. 6. Teſtium autem in teſtamento non
ſigilla, ſed obſignationem lex requirit, ut cum
opus eſt, ſignum recognoſcentes, ſe id appo-
ſuiſſe teſtificentur. Nam ita inſtitutum fuit, ut
cùm ad aperiendas tabulas teſtamenti ventum
eſſet, priuſquàm reſignarentur, prætor ſignato-
res convenire cogeret, & ſigilla ſua recognoſce-
re, *l. 4. l. 7. teſtam. quem. aper.*

Quid enim ſi ſeptem annuli una ſculptura fuerint?] Quaſi dicat, nemini mirum videri debe-
re, quòd teſtibus permiſſum ſit ſignare uno eo-
demque annulo. Fieri enim poſſe, ut ſeptem an-
nuli, quantumvis ſinguli ſingulorum ſint, eam-
dem habeant figuram, ἵνα καὶ τὸ αὐτὸ χαρακτῆρα.
Neque tamen ob id minùs teſtamentum conſi-
ſtere. Poteſt verò id etiam hodie contingere,
veluti ſi plures ex eadem familia ad ſignandum
adhibeantur cùm nunc agnatorum omnium ea-
dem ſint inſignia, nec ampliùs nomen in cir-
cumferentia annuli ſignatorii poni ſoleat.

Sed & alieno annulo] Qui ſcilicet nullius è te-
ſtibus ſit. Ex eo autem quòd annuli plerumque
mentio fit, non ſatis rectè colligitur, alio inſtru-
mento ſignatorio teſtamenta ſignari non potuiſ-
ſe: dici enim poteſt, idcirco id fieri, quia fre- 3
quentiùs annulis veteres ſignabant. Et tamen
de eo dubitatum fuiſſe, obtinuiſſeque, ut tan-
tùm annulo ſignare liceret, conſtat ex *l. ad te-
ſtium 22. §. ſignum 5. hoc tit.* quod ad ſcrupulo-
ſam teſtandi ſubtilitatem Cujac. *lib. 14. obſ. 11.*
refert: alii etiam ad facilitatem probationis,
quia notior ſit character annuli, qui in digitis ge-
ſtari ſolet: ſed iſta ratio nullius pretii; nam &
alieno annulo ſignare licet. Et quid ſi idem ſit
character inſtrumenti & annuli; tunc enim nul-
lo modo dignoſci poterit, utrùm annulo, an alio
inſtrumento ſignatum ſit? Et puto, Juriſconſul-
tum in *d. l. 22. §. 5.* annuli appellatione non tam
intelligere figuram annuli geometricam, quàm
ſculpturam; nec excludere voluiſſe inſtrumen-
tum, quod eamdem ſculpturam cum annulo ha-
beat, ſed aliud ſignum impreſſum, diverſum è
charactere annuli: cujuſmodi fortè inſtrumentis
veteres uſi ad alia, quàm litteras aut tabulas, ob-
ſignanda. Id quod etiam verba Juriſconſulti in-
dicant; *Varie enim*, inquit, *homines ſignant*. Quod
omnino accipiendum eſt de varietate characte-
ris, non de materia aut forma inſtrumenti ſigna-
torii geometrica. Etenim qui in ſignando eodem
ſemper charactere utitur, licet diverſis inſtru-
mentis, quibus inſculptus eſt, non variè ſignat,
ſed uniformiter. Et quæſo, ſi idem character eſt,
quid intereſt, utrùm inſtrumentum rotundum,
an triangulum aut quadratum ſit? aut quomodò
id dignoſci poterit? ac proindè etiam abſurdum
non eſt, ſi annulo ſignaſſe dicatur, qui ſignavit in-
ſtrumento, quod characterem annuli inſculptum
habet. Quamobrem prope eſt, ut aſſentiar Ba-
roni, Hotom. Wveſemb. ad *hunc §.* & Donello 6.
comm. 8. qui locum Ulpiani in *d. l. 22. §. 5.* legen-
dum putant interpoſita negatione, *& magis eſt,
ut non tantùm annulo*. Quod & temperamen-

tum

tum ſubjectum, *dum tamen habeat χαρακτῆρα*, quodammodo poſtulat. Et ita quoque Bartolus legiſſe videtur argum. ſummarii *d.* §. 5. & Joan. de Platea, qui iſtum §. citat ad probandum, quod ſcribit, non annulo tantùm, ſed alio quoque inſtrumento ſignatorio poſſe ſignari. Mich. Attiliat. *ſynopſ. tit. 31. ἐπὶ δακτυλίῳ, ἢ τοῖς ἐπιγραφείοις.* Atque ita & doctiſſ. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. cap. 10. pagin.* 456. Alii malunt, retenta lectione *cum D. Connano, 9. comm. 2.* Ulpianum intelligere de teſtibus, qui plura ſigna habent, unum in annulo, alterum & diverſum in re alia impreſſum: ut hi potiùs annulo ſignare debeant, quàm alio ullo inſtrumento: quia id ſignum, quod in annulo eſt, magis cujuſque proprium eſſe putatur, magiſque notum & certum eſt. Hodie hæc quæſtio ſupervacua eſt, cùm teſtes ſubſcripſiſſe ſufficiat, ſigna eorum non requirantur, ſed ſolus ſigillum notarii. Jac. Veruvey *art. teſtand. c. 9.* De more & modo ſignandi apud veteres uſitato adi D. Salmaſ.

TEXTUS.

Qui teſtes eſſe poſſunt.

6. *Teſtes autem adhiberi poſſunt ii, cum quibus teſtamenti factio eſt. Sed neque mulier, neque impubes, neque ſervus, neque furioſus, neque mutus, neque ſurdus, neque is, cui bonis interdictum eſt, neque ii, quos leges jubent improbos inteſtabileſque eſſe, poſſunt in numerum teſtium adhiberi.*

NOTÆ.

6. *Cum quibus teſtamenti factio*] Id eſt, qui ex teſtamento ſibi vel aliis acquirere poſſunt. Quod non percipit Theophil.

Neque mulier] Hoc ex eo, quod in omni mancipatione teſtes tantùm maſculi admiſſi. Nam his verbis, *cives Rom. puberes*, mares ſignificantur, add. Schol. Harm. *lib. 1. tit. 6.* §. 52.

Neque impubes] Livius apud Priſcian. *lib.* 8. *Impubes libripens eſſe non poteſt, neque antestari,* id eſt, *neque teſtis fieri,* paſſivè. Activè autem *antestari*, eſt teſtem facere. *μαρτύρεσθαι*. v. Salmaſ. *ad jus Attic. pag.* 811.

Neque ſurdus] Neque cæcus quia teſtatorem agnoſcere non poteſt, *l. 9. C. h. t.*

Neque prodigus] Is cui bonis interdictum eſt, *leg. 18. pr. D. eod.* Benè Græci; *ὁ κωλυόμενος διατίθεσθαι, οὐ μαρτυρεῖ ἐν διαθήκῃ.* 35. Baſil. *tit. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *Communem teſtium habilitatis notam eſſe, ſi ſit cum iis teſtamenti factio: & quid hoc ſit.*

2 *Cur à teſtimoniis teſtamentariis arceantur mulieres.*

3 *Cur non admittatur ſurdus, cùm adhiberi poſſit, qui ſermonem teſtatoris non intelligat.*

4 *Utrum cæcus adhiberi poſſit.*

5 *Qui dicantur inteſtabiles: & an hi quoque teſtamenti factionem paſſivam habeant.*

NOn ſatis eſt, ſeptem teſtes ad teſtamentum adhibitos eſſe, etiam conditionem cujuſque inſpici, & non niſi idoneos admitti placuit. Et rectè: quippè cùm fides teſtationis non tam firmetur numero teſtium, quàm auctoritate, per *leg. 3. §. 2. & 3. de teſtib.* Eſtque ferè tota hæc tractatio de habilitate teſtium nuncupativo teſtamento cum ſcripto & myſtico communis.

Cum quibus teſtamenti factio eſt] Hæc commu- 1
nis nota eſt teſtium habilitatis, ſi ſit cum iis teſtamenti factio, id eſt, ſi hæredes inſtitui aut ex alieno teſtamento vel ſibi vel alii acquirere poſſint. Nam quatenus quis jus habet faciendi teſtamenti, non rectè dixeris eſſe tibi cum eo teſtamenti factionem, ut benè recentiores notant. Et propriè item loquitur Imperator, cùm dicit, *cum quibus teſtamenti factio eſt*, non qui teſtamenti factionem habent: ſiquidem teſtamenti factio activæ ſignificationis eſt, ut propriè dicatur teſtamenti factionem habere, qui faciendi facultatem habet, *l. 5. l. 4. l. 8. in fin. l. is cui, leg. 18. l. ſi filiusfam. 19. hoc tit. l. 1. §. exigit. 8. de bon. poſſ. ſec. tab. l. 3. C. de apoſtat.* At qui ipſi teſtamentum facere non poſſunt, ſed tantùm ex teſtamento capere, cum iis rectius dicitur eſſe vel haberi teſtamenti factio, ut in §. 2. *inf. de hær. inſt.* §. *legari* 24. *inf. de legat. l. non minus 31. l. ſi alienum 49. §. 1. de hær. inſt. l. 7. pro legat.* quàm eos habere teſtamenti factionem. Quamquam hæc verborum proprietas perpetuò non obſervatur, ut videre eſt in *leg. filiusfam. 19. hoc tit. leg. ult. pro hær. §. in extraneis, inf. de hæred. qual.* quibus in locis teſtamenti factionem habere dicuntur etiam illi, qui tantùm capere ex teſtamento poſſunt. Unde factum, ut docendi gratia interpretes teſtamenti factionem diſtinxerint in activam & paſſivam.

Sed neque mulier, neque impubes, &c.] Enumeratio perſonarum, quas varias ob cauſas in teſta- 2
mento teſtes eſſe prohibentur, & quidem ſimpliciter in teſtamento cujuſvis. Cur mulier hic teſtis non admittatur, cùm aliàs jus dicendi teſtimonii habeat, *l. qui teſtamento 20. §. mulier 6. hoc tit. l. ex eo 18. de teſtib.* non una ratio reddi poteſt. 1. Quia cum certum numerum teſtium ad actum aliquem lex requirit, intelligitur requirere teſtes graves & omni exceptione majores, in quos judici non liceat poſtea inquirere: talis autem non eſt mulier. 2. Quia ſexus muliebris non ſatis ſagax creditur ad odorandas fraudes, quæ in ſubornandis teſtamentis ſtrui ſolent. 3. Quia hic numerus teſtium non tantùm requiritur ad probationem actus, ſed etiam ad conſtitutionem: leges

autem

Digitized by Google

autem veteres, teſte Scholiaſte ad Harmenopolum, *lib. 1. tit. 6. §. 52.* ἐν ταῖς συςατικαῖς μαρτυρίαις μὴ μαρτυρεῖν τὰς γυναῖκας ἀποφαίνονται. Συςατικὰς μαρτυρίας, hoc eſt, *teſtimonia conſtitutiva*, quæ faciunt, ut negotium conſiſtat, (Mercerus vertit *commendatoria*) opponit ἀποδεικτικαῖς, id eſt, *demonſtrativis*, ſive quæ adhibentur dumtaxat probationis cauſa. 4. Quia teſtatio ſupremæ voluntatis non eſt actus repentinus aut fortuitus, ut nihil neceſſe ſit, ubi viri honeſti haberi poſſunt, accire fœminas, per *Nov. de teſtib. 90. cap. 1.* Quibus rationibus item moveor, ut credam, ne in codicillis quidem mulierem teſtem eſſe potuiſſe, contra quam ſentiunt *Vigl. & comm. DD.* Mitto, quòd ſolemnis illa teſtandi ratio per familiæ mancipationem, unde qualitas teſtium, maſculos tantùm teſtes admiſiſſe videtur, uti reliquæ quoque mancipationes & contractus, qui fiebant per æs & libram: & quod Romani turpe & verecundiæ ſexus minimè conveniens putaverunt, fœminas cum viris hujuſmodi negotiis intereſſe. Et hoc etiam moribus noſtris conſentaneum videtur, *Groenem. de ll. abrog. hic, & §. ult. inf. de codicill. Cyprian. cenſ. Belg.* Impubes teſtis non admittitur, propter imperfectum animi judicium: quam ob cauſam nec aliis in negotiis teſtimonium ejus recipitur, *leg. 3. §. leg. 5. leg. inviti, §. 1. de teſtib.* In cauſa autem teſtamenti hoc ſpeciale eſſe exiſtimatur, quod nec pubes factus teſtimonium pro teſtamento dicere poſſit, ad quod impubes adhibitus fuit; cùm in aliis cauſis teſtimonii dictionem habeat poſt pubertatem de his, quæ impubes vidit; utique ſi teſtetur de iis, quæ veriſimiliter ab impuberibus capi poſſunt, & quæ vidit, cùm jam eſſet pubertati proximus, *Ioan. Fab. Vigl. hic Oldend. part. 4. de teſtib. num. 12.* ex ſententia communi. Servum excludit conditio perſonæ, quia nullam juris civilis communionem habet, *d. leg. qui teſtamento, §. ſervus* quæ ratio etiam peregrinos removet, *l. ſunt quidam 17. § 1. de pœn.* & nominatim lex deſiderat cives Romanos. Furioſus nihil intelligit: cœterum ſi remiſſionem habet, poterit eo tem-
3 pore adhiberi, *d. leg. qui teſtamento §. ne furioſus.* Mutus pro teſtimonio quid actum ſit eloqui non poteſt. Surdus quid dicatur ſenſu non percipit: imò nec moneri poteſt, quid teſtator acturus ſit; plurimumque qui ſurdus, idem & mutus. Teſtes autem in dicendo teſtimonio interrogandi, *per leg. 1. teſtamenta quem. aper.* nec teſtimonii, ſed teſtibus credendum, *leg. 3. §. 2. de teſtib.* Hinc etiam intelligitur, cur potiùs quàm ſurdus, admittatur qui ſermonem teſtatoris non intelligit: nimirum quia hic alia lingua moneri poteſt, cui rei adhibeatur, & ipſe teſtimonium dicere, ſingula enim percipere nihil neceſſe eſt, *dict. leg. qui teſtamento §. pent.* utique cum teſtamentum per ſcripturam fit. Nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribuſque & ſermoni teſtium permittitur. De cæco nihil traditum. Sed non poſſe 4
cum adhiberi, rectè cenſent Vveſemb. & Bachov. quoniam teſtatorem videre non poteſt, quod in omni teſtamento requiritur, *leg. 9. C. eod.* nec ſignum recognoſcere, quod in ſcripto, *leg. 4. & 7. teſtam. quem. aper. fac. leg. 1. §. 5. verſ. caſum. de poſtul.* Prodigis notam inurit adminiſtrationis bonorum interdicto, fidemque teſtimonii eorum elevat: atque adeò in toto penè jure civili prodigi pro furioſis, & eadem conditione, qua furioſi, habentur, *leg. 1. de curat. fur. leg. 12. in fin. de tut. dat. leg. furioſi 41. de reg. jur.* congruit *leg. is cui lege 18. in pr. hoc tit.*

Improbos inteſtabileſque] Inteſtabilis dicitur, 5
cui nec teſtamentum condere licet, nec teſtimonium alteri dicere; & cui viciſſim nemo teſtimonium dicere tenetur, uti quiſque tenetur civi honeſto, ſi denunciatum ſit, *l. is cui 18. §. 1. leg. cum lege 26. hoc tit.* Ex Senatuſconſulto inteſtabilis, qui ob carmen famoſum damnatus eſt, *d. leg. 18. §. 1. leg. 5. §. ſi quis 9. de injur.* Ex conſtitutionibus, apoſtatæ & hæretici, *leg. 3. Cod. de apoſtat. leg. 4. Cod. de hæret. & Manich. leg. hæreticus 44. Cod. Theod. de his qui ſup. reb.* Ex duodecim tabulis, anteſtatus & libripens, ſi poſtea teſtimonium perhibere detrectaſſent. Verba legis refert Gellius, *lib. 15. cap. 13.* *Quoi ſe ſierit anteſtarier, libripenſve fuerit, ne teſtimonium fariatur, improbus inteſtabiliſque eſto.* Ita locum iſtum obſcurum, & depravatum antea, reſtituit Marcilius, *cap. 5. leg. duod. tab.* quod malè proceſſerat Cujacio. De eo quæſitum, an is, qui inteſtabilis dicitur, nec hæres inſtitui potuerit, aut aliàs ex teſtamento alieno capere: nam cæteros omnes, quos hic commemorat Juſtinianus, conſtat, teſtamenti factionem paſſivam habere. Et quidem hæreticis nominatim hæc tria denegantur, teſtimonii dictio, teſtamenti factio, ſucceſſio tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato, *dict. l. 3. C. de apoſtat.* De aliis expreſsè cautum non eſt, ne hæredes inſtituantur. Ex eo tamen quod Gajus ſcribit, cum lege quis inteſtabilis eſſe jubetur, hoc etiam eò pertinere, ut ne ipſi dicatur teſtimonium, *d. leg. cum lege 26. hoc tit.* ſequi omnino videtur, ut nec hæres inſtitui poſſit: neque enim arbitror defendi poſſe, teſtatori dumtaxat, non etiam hæredi, de cujus ſolius commodo agitur, teſtimonium perhiberi. Facit huc *leg. imperialis 23. §. 3. Cod. de nupt.* qua permittitur mulieribus ſcenicis poſt impetrationem principalis reſcripti & condere teſtamentum & aliis ſuccedere. Inde enim duo colligimus, & ſcenicas fœminas inteſtabiles habitas fuiſſe, & qui inteſtabiles eſſent, hæredes non potuiſſe inſtitui. Itaque non ſatis accurati ſunt compilatores, qui inteſtabiles cum ſuperioribus, quos omnes hæredes inſtitui poſſe conſtat, una exceptione à regula eximunt, quaſi & ipſi aliqui ad regulam pertinere videantur.

Tex-

TEXTUS.

De ſervo qui liber exiſtimabatur.

7. Sed quum aliquis ex teſtibus teſtamenti quidem faciendi tempore liber exiſtimabatur, poſtea autem ſervus apparuit, tam divus Adrianus Catoni, quàm poſteà divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, ſubvenire ſe ex ſua liberalitate teſtamento, ut ſic habeatur firmum, ſicut ſi, ut oportebat, factum eſſet: quum eo tempore, quo teſtamentum ſignaretur, omnium conſenſu hic teſtis liberi loco fuerit, nec quiſquam eſſet, qui ſtatus ei quæſtionem moveret.

NOTÆ.

7. *Teſtamenti faciendi tempore*] Hoc tempore inſpicitur teſtium conditio, non tempore mortis teſtatoris, *l. 22. §. 1. eod.* idque ex Principum liberalitate obtinet etiam in habilitate putativa, ut loquuntur.

Omnium conſenſu] Totius civitatis, aut majoris partis civium. Quia ita ſe gerebat, ita agebat, ſic muneribus fungebatur, ut publicè liber à plerisque haberetur, *arg. leg. 3. pr. de ſen. Mac.* tacit, *l. C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Conditionem teſtium tempore teſtamenti facti ſpectari: non nocere, ſi quid eis poſtea contigerit.*
2 *Idem obſervari in habilitate putativa.*
3 *Confutatur eorum error, qui putant, teſtamentum corruere, ſi quis è teſtibus ante apertas tabulas moriatur, aut inhabilis fiat.*
4 *Quid verba hæc, omnium conſenſu, hic ſignificent.*

1 NOn tantùm numerus teſtium, ſed eorum etiam qualitas & requiſita conditio eſt de forma teſtamenti ſubſtantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria duntaxat: adeò ut ſi vel in uno è teſtibus hujuſmodi qualitas deficiat, teſtamentum per ſe nullum ſit. Enim verò conditionem teſtium inſpici placuit, cùm teſtamentum ſignarent, non tempore mortis: nam ſi tempore teſtamenti facti tales omnes fuerint, ut adhiberi poſſint, nihil nocet, ſi quid poſtea eis contigerit, puta ſi quis poſtea ſervus factus ſit aut inteſtabilis, furere cœperit aut prodigus eſſe, *leg. ad teſtium 22. §. 1. & ib. Cujac. hoc tit.* Quid ergo ſi quis adhibitus ſit, qui quidem adhiberi prohibetur, ſed qui communi opinione pro tali teſtamenti tempore habebatur, qui adhiberi poteſt; puta ſi ſervus adhibitus ſit, qui omnium opinione liber exiſtimabatur: & cui nemo eo tempore ſtatus controverſiam movebat? Teſtamentum nihilominùs ſponte ſua vitioſum & injuſtum eſt, nec communis error formam juris publici mutare poteſt. Cæterum quod per ſe momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate ſuſtineri voluerunt, atque ut Juſtinianus hic loquitur, ex liberalitate ſua hujuſmodi teſtamentis ſubvenerunt, ut perinde firma ſint, ac ſi omnibus ſuis numeris ac partibus conſtarent. Ridiculum verò eſt, quod vulgò ex hoc loco colligunt, communem errorem jus facere; non enim error, ſed in errore ſumma Principum auctoritas; jus hoc benignè & ſpeciali favore ultimæ voluntatis conſtituit.

Tam divus Adrianus Catoni (*quidam Codices habent* Catonio, *Theophilus* Catonio Vero) *quàm divi Severus & Antoninus*] Reſcriptum Severi & Antonini non extat; Adriani eſt in *leg. 1. Cod. hoc tit.* unde tamen non ſatis expeditum, quid juris eſſe debeat, ſi quis conſignationis quidem tempore pro libero habitus ſit, poſtea autem ante apertas tabulas in ſervitutem revocatus ſtatus controverſiam paſſus fuerit. Nam Adrianus ſua conſtitutione hoc tantùm ſignificat, ſi quis teſtis pro libero habitus ſit tempore teſtamenti, cui uſque ad tempus aperiendarum tabularum nemo ſtatus controverſiam moverit, teſtamento non obeditſe debere, quod nunc hæc quæſtio ei moveatur. Unde effici videtur, non idem eſſe, ſi jam eo tempore ſervum eſſe appareat. Sed dicendum eſt, aut verba Adriani non ita accepta eſſe, quaſi caſus iſte ſemper in hiſce quæſtionibus requiratur, ſed expreſſa, quia id in ea controverſia forte acciderat, de qua conſultus erat; aut conſtitutione Severi & Antonini rem pleniùs poſtea definitam. Sanè Juriſconſultus ſimpliciter ait, teſtium habilitatem tempore teſtamenti facti ſpectandam; quo poſtea accidit, non nocere, *dict. leg. ad teſtium 22. §. 1. hoc tit.* Hoc autem non tantùm pertinet ad habilitatem veram, ſed etiam ad putativam: quippe quæ eamdem vim ex Principum liberalitate habeat. Atque ut nihil præter hunc locum haberemus, is ſolùm apertiſſimè oſtendit, ſatis eſſe liberum quem exiſtimari tempore faciendi teſtamenti: nec ex eo, quòd poſtea ſervus apparuit, teſtamentum vitiari. At dicat aliquis, cùm ſignatores tem- 2
pore aperiendarum tabularum ſigilla ſua apud prætorem recognoſcere & pro teſtamento teſtimonium dicere debeant, *l. 4. & ſeqq. teſt. qu. aper.* an non ex eo neceſſariò ſequitur, teſtamentum corruere, ſi quis è teſtibus, qui, cùm concederetur teſtamentum, pro libero adhibitus fuit: nunc, cum aperiendum eſt, ſervus appareat, *arg. l. 11. C. de teſtib.* quo loco ſcriptum eſt, ſervum teſtimonii dictionem in judicio non habere. Non magis, inquam, quàm ſi quis è teſtibus ante apertas tabulas vita functus ſit, aut furioſus, cæcus, mutus ſurdus, &c. factus. Nam ut rectè D. Viglius, ſigillorum iſta inſpectio requiſita fuit, non ut formalis aliqua teſtamenti ſolemnitas, ſed ad certiorem probationem voluntatis; & tunc, cùm teſtes adhuc viverent, aut tales eſſent, qui teſtimonium perhibere ſignis inſpectis & recognitis poſſent:

teſta-

Digitized by Google

teſtibus autem mortuis, aut inhabilibus ante id tempus factis, non idcirco ſtatim voluntas defuncti concidit: cùm adhuc aliis argumentis & conjecturis ſigillorum fides confirmari poſſit, maximè accedente adminiculo ſubſcriptionis teſtatoris & teſtium: nam manus cujuſque & ſubſcriptio pluribus nota eſſe ſolet; poteſtque etiam in dubio probari per litterarum comparationem. Fuſiùs hac de re diſputat D. Vigilius contra veteres juris interpretes, qui putavere, vel uno teſte ante aperturam tabularum mortuo vel inhabili facto teſtamentum protinus irritum fieri: oſtenditque, ex ea perſuaſione factum, ut vetus teſtandi forma penè abolita ſit, cœperintque curare homines, ut de teſtamentis inſtrumenta publica per Notarios fierent; quod olim fuit incognitum. At uſitatum erat teſtamenta publicari, hoc eſt, actis inſinuari, vel referri in acta publica; quod hæredes ſcripti fieri procurabant, ne, ſi caſu materia, in qua primum teſtamentum ſcriptum eſſet, intercidiſſet, proximi ab inteſtato negotium iis faceſſerent. Nam publicatum teſtamentum priori ſcriptura caſu amiſſa plenam fidem ſine alio adminiculo faciebat, *vid. leg. 2. & leg. teſtamenta 18. Cod. hoc tit. & ibi D. Donell.* Quod autem de ſervo reſcriptum eſt, id non dubito, quin rectè producatur ad defectus aliarum quoque qualitatum, quæ in teſtibus teſtamentariis requiruntur, ſi eadem ratio eſt; puta ſi impubes adhibitus ſit, qui pubes putabatur; mulier virili habitu virum ſimulata: prodigus, qui tempore conditi teſtamenti pro ſano à pleriſque habebatur. Idem enim favor, eadem benignitatis ratio teſtamentorum, quod ſummo jure inutile, defendunt, *Ioſeph. Ludovic. commun. opin. 69. in 4. fallent.*

Omnium conſenſu] Donel. in *l. 1. C. hoc tit.* conſenſum ſive opinionem cæterorum teſtium intelligi. Quod non placet. Quid enim, ſi hi neſciant, ſervum eſſe, aut ſtatus controverſiam pati, quod alii omnes in civitate ſciant? Neque magis verba, *omnium conſenſu*, ad teſtes ſolos reſtringi poſſunt, quàm illa, quæ mox ſequuntur, *nec quiſquam eſſet, qui ſtatus ei quæſtionem moveret.* Quæ itidem expreſſa ſunt reſcripto Adriani. Omnium igitur conſenſu, ſic potiùs accipiemus, conſenſu omnium, qui in civitate ſunt, opinione totius populi, aut certè majoris partis; quia publicè liber à pleriſque habebatur ſic agebat, ſic contrahebat, ſic muneribus fungebatur, *argum. leg. 3. in pr. de ſen. Mac. l. 3. §. 2. de teſtib.* Quam ob cauſam Jo. Fab. exiſtimat, nec illud teſtamento nociturum, ſi unus & alter è teſtibus ſcieverit conditionem illius, & tacuerit. Putatque hoc amplius, locum eſſe huic cōſtitutioni, etiamſi plures ejuſdem generis non idonei per ignorantiam adhibiti ſint, *arg. d. l. 1. C. hoc tit.* quod & Bachovius videtur admittere, dum ne pauciores, quàm duo, habiles ſint & idonei. Latiùs hic exſpatiantur DD. dum quærunt, an geſta ab his, qui ſe pro ſcribis aut notariis gerunt, cùm non ſint, ſed communi errore tales habeantur, inſtrumenta ab his facta, valeant. Et ſic vulgò diſtinguitur, ut referat, utrùm alicui publica auctoritate hujuſmodi perſona per errorem impoſita ſit, an quis ipſe ſibi privatim eam aſſumpſerit: illo caſu valere quod geſtum eſt, per *l. 3. de off. præt.* hoc caſu acta non valere, & ſpeciale eſſe, quòd in caſu hujus §. teſtamento ſuccurritur, *vid. Sichard. ad d. l. 1. C. hoc tit. ſub fin. Iaſon. ad d. l. 3. qui de eo diſputat accuratiſſime.*

Textus.

De pluribus teſtibus ex eadem domo.

8. *Pater, nec non is, qui in poteſtate ejus eſt: item duo fratres, qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, utique teſtes in uno teſtamento fieri poſſunt: quia nihil nocet, ex una domo plures teſtes alieno negotio adhiberi.*

Notæ.

8. *Pater, nec non is*, &c.] *Ex l. pater 17. D. de teſtib.* ratio eſt in textu add. *l. 20. pr. h. t. Vlp. tit. 20. §. 5.*

Commentarius.

Hic locus ſumptus eſt ex *l. pater. 17. de teſtib. add. leg. teſtium 22. pr. hoc tit. Vlp. tit. 20. §. 5.* Dubitandi cauſa, ut mox indicatur, eſſe poteſt, quòd plurium ex una domo teſtimonium ſuſpectum videatur, propterea quòd hi facilè colludere atque in unam eamdemque meditatam ſententiam conſpirare poſſunt, *& fac. leg. 3. §. 1. de teſtib.* Sed ſubjungitur ſolutio, nimirum tale nihil hic metuendum, ubi plures ex una domo teſtes adhibentur negotio alieno, unde nihil ipſi commodi ſperent: ſuſpicionibus enim non uſque adeò indulgendum eſſe, ut quiſquam gratuitò malus eſſe præſumi debeat. Quapropter quod dicitur in *leg. 6. de teſtib.* teſtes idoneos non eſſe, quibus imperari poteſt, ut teſtes ſint, rectè Gloſſa ſic interpretatur, ut teſtes ſint in cauſa imperantis, eoſque pro ſe producentis. Ne quis putet, jus poteſtatis & filio imperandi obſtare, quominùs pater ſimul & filius in alieno negotio teſtes eſſe poſſint. Neque ambigendum eſt, quis filiusfam. etiam patre invito teſtimonii dictionem habeat, cùm publica auctoritate teſtimonium denuntietur, cujuſmodi in cauſis jura patris interquieſcunt, *arg. leg. 9. de his qui ſui vel al. jur.* Illud etiam hic notandum, patrem & filium, item duos fratres, qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, in alienis negotiis (non enim in teſtamento dumtaxat hoc obtinet, *d. leg. 17. de teſtib.*) diverſarum perſonarum numero haberi.

Digitized by Google

TEXTUS.

De his qui ſunt in familia teſtatoris.

9. *In teſtibus autem non debet eſſe is, qui in poteſtate teſtatoris eſt. Sed ſi filius familias de caſtrenſi peculio poſt miſſionem faciat teſtamentum, nec pater ejus rectè adhibetur teſtis, nec is, qui in poteſtate ejuſdem patris eſt. Reprobatum eſt enim in ea re domeſticum teſtimonium.*

NOTÆ.

9. *Qui in poteſtate*] Igitur à contrario, qui in poteſtate teſtatoris non eſt, puta filius emancipatus, rectè teſtis adhibetur: & viciſſim pater in teſtamento illius. Aliud juris eſt in teſtimoniis judicialibus, *leg. 9. D. de teſtib. l. 6. C. eod.*

Poſt miſſionem, &c. *nec pater ejus*, &c.] Aliud tamen placuiſſe videtur Ulpiano & Marcello, *leg. 20. §. 2. h. tit.* ut benè animadvertit Hotom.

In poteſtate ejuſdem patris] Frater ſcilicet teſtatoris *συνυπεξούσιος*, non emancipatus.

Domeſticum teſtimonium] Id eſt, eorum, qui ita conjuncti ſunt, ut alter ſit in familia & poteſtate alterius, & una cum eo fictione juris perſona. Nam ut rectè Græci, *οἰκειακὴ μαρτυρία, οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ὑπεξουσιότητος λαμβάνεται. Non ex cognatione, ſed ex coadunatione, quæ per patriam poteſtatem contingit.* Eadem ſcil. ratione, qua ſui hæredes domeſtici, *§. 2. inf. de hæred. qual.* in judiciis autem teſtes omnes domeſtici intelliguntur, qui de domo accuſati producuntur, *leg. 3. Cod. de teſtib. leg. 24. D. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quomodò quæſtio formanda in filio teſte in teſtamento patris.*

2 *Quid obſtet, quominùs qui in poteſtate teſtatoris eſt, teſtis in ejus teſtamento eſſe poſſit. Et quid de filio emancipato, &c.*

3 *Cur in teſtamento filiifam. poſt miſſionem de caſtrenſi peculio teſtantis pater teſtis non admittatur, qui tamen ad tabulas filii emancipati rectè teſtis adhibetur.*

4 *Diſſentire Juſtinianum in propoſita ſpecie ab Ulpiano & Marcello.*

5 *Domeſticum teſtimonium hoc loco æſtimari ex unione perſonarum, quæ per poteſtatem contingit, etſi in aliis cauſis domeſtica teſtimonia interpretamur teſtimonia perſonarum domeſticarum.*

HActenus de perſonis, quarum ea eſt inhabilitas, ut nullius in teſtamento teſtes adhiberi poſſint: ſunt etiam quædam, quæ cùm per ſe habiles ſint, & rectè adhibeantur, non tamen rectè adhibentur in teſtamentis omnium, idque ob cauſam aliquam privatam, quæ eas *κατά τι* inhabiles facit. Cauſa hujus inhabilitatis duplex: conjunctio teſtis & teſtatoris per poteſtatem: item negotium teſtamenti ad eum, qui teſtis adhibetur, pertinens. Prima hoc §. altera ſeq. explicatur.

Qui in poteſtate teſtatoris eſt] Igitur nec filius teſtatoris, nec nepos ejus ex filio, qui in poteſtate ſit; nec is, quem teſtator ab hoſtibus redemerit, *l. qui teſtamento 20. in fin. pr. & §. 1. hoc t.*
Sed enim cùm conſtet, filium, qui in poteſtate
ſit, aut hæredem inſtituendum eſſe, aut nominatim
exheredandum. ſilentio eo præterito teſtamentum
ipſo jure non conſiſtere, abſurda poteſt
videri hæc diſputatio. Nam fingamus, eſſe inſti- 1
tutum, jam alia & propria ratione teſtis eſſe non poterit, quin hæres, *§. ſeq.* Fingamus, exhæredatum, & nihil videtur obſtare, quominùs rectè teſtis ſit, qui ſua ſe manu exhæredem ſcribere poteſt, ſalvo teſtamento, *l. non putavit §. ſi quis 6. de bon. poſſ. cont. tab.* nec ullæ hic metuendæ technæ, cùm in ſuam nemo perniciem ingenioſus ſit? Quòd ſi dicas, durum videri, ut filius palam teſtis adhibeatur exhæredationis & ingratitudinis ſuæ; quid ſi teſtamentum, quo exhæredatus eſt, clauſum proponatur, in quo quid ſcriptum ſit, à teſtibus omnibus ignoretur: ita enim in propoſito quæſtio formanda eſt, ut jam illud objici non poſſit? Quid eſt igitur, quod hic obſtet, quominùs filius teſtis ſit? Nihil aliud, quàm jus poteſtatis, quod fictionem quamdam unitatis perſonarum inducit inter eum, qui habet in poteſtate, & qui in poteſtate habetur, *§. ſi quis inf. de inut. ſtip. l. ult. C. de impub. & al. ſubſt.* Quo fit, ut ſi alteri alter teſtimonium dicat, ſibi quodammodò dicere videatur, quod ſubtilitas juris non patitur, ut poſt Viglium hic notant plerique recentiores, & eſt textus eò pertinens in *§. ſeq. in fin.* Addunt nonnulli, huc etiam referẽdum, quod generaliter placuit, idoneos teſtes non videri, quibus imperari poteſt, ut teſtes fiant, *l. 6. de te-*
ſtib. Ego verò arbitror, definitionem iſtam vale- 2
re tantùm in teſtimoniis judicialibus, quamvis verum ſit, hic quoque quæri de adhibendo eo, cui imperari poteſt. Ait, *qui in poteſtate.* Igitur à contrario, qui in poteſtate teſtatoris non eſt, puta filius emancipatus, rectè teſtis adhibetur, & pater viciſſim in teſtamento illius? neque enim credendum eſt, verba illa fruſtra hic & in *d. l. 20.* expreſſa eſſe. Præterea ceſſat in emancipato ratio prohibitionis, vinculũ ſcilicet unitatis, quod per emancipationem ſolvitur. Et vel magis igitur poterit quis teſtis eſſe in teſtamento matris & avi materni. Non obſtat, quòd parentes & liberi hoc ipſo quòd parentes & liberi ſunt, invicem teſtes eſſe prohibentur, *l. 9. de teſtib. l. 6. Cod. eod.* nam iſta prohibitio pertinet tantùm ad illa teſtimonia, ex quibus lucri aliquid accedere poteſt parenti vel filio, cui teſtimonium dicitur, qualia ſunt teſtimonia judicialia,
de

Digitized by Google

dé quo paulò diligentiùs poſteà.

Sed ſi filiusfam. poſt miſſionem &c. neque pater ejus rectè adhibetur] Filiusfam. teſtamentum facere non poteſt, præterquàm ſi teſtetur de caſtrenſi peculio, *inf. tit.* 12. ac proindè eo ſolo caſu quæſtio hæc locum habere poteſt, an pater ad
3 teſtamentum ejus teſtis adhiberi poſſit. Sic autem hoc loco diſtinguitur, ut filiusfam. militans adhuc teſtamentum faciat de rebus caſtrenſibus, pater rectè teſtis adhibeatur, ſi poſt miſſionem, non æquè. Cæterum quod ad priorem caſum; ampliùs adhuc diſtinguendum exiſtimo, utrùm ſcilicet militans adhuc teſtamentum faciat jure militari in caſtris aut expeditione, an extra caſtra jure communi: ut illo demum caſu pater rectè adhibeatur, propter liberrimam, quæ militibus data eſt, in caſtris teſtandi facultatem: hoc autem caſu non magis, quàm ſi teſtetur poſt miſſionem, *arg. pr. & §.3. tit. ſeq.* & verba illa, *poſt miſſionem*, non ideò hic adjecta eſſe, quia ante miſſionem filius teſtamentum faciens ſemper patrem adhibere poſſit; ſed quia poſt miſſionem nunquam. Sed hic nobis occurritur exemplo emancipati, ad cujus tabulas patrem poſſe teſtem adhiberi diximus, non alia ratione, quàm quia emancipatus non eſt in poteſtate. At in eo, de quo quærimus, nec filiusfam. in poteſtate eſt; quippe qui in caſtrenſi peculio vice patrisfam. fungitur, *l.2. de ſen. Mac.* Huic objectioni ita ferè reſponderi ſolet, multum intereſſe, utrùm quis revera & ſine exceptione ſit paterfam. & patri ſuo extraneus, qualis eſt filius emancipatus; an quis in re aliqua pro patrefam. habeatur, manens revera [illegible] & domeſticus patri ſuo: qualis eſt, qui peculium caſtrenſe habet. Etenim peculii hujus conceſſionem non eximere filium de domo & poteſtate patris; *§.4. ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.* & conſequenter non efficere, ut una perſona cum patre cenſeri deſinat: tantùm liberam filiofam. de iis rebus diſponendi facultatem tribuere, & hæredem etiam in iis inſtituendi, in quo patrifam. comparetur. Cæterum ut ipſe pater propter vinculum unitatis, quod retinetur, hunc filium ad ſuum teſtamentum adhibere non poteſt, ita nec in illius tabulis patrem adhiberi poſſe. Equidem fateor, hæc ita pro Juſtiniano, &, ſi qui veterum fue-
4 re, quos ille ſecutus eſt, ſpecioſè diſputari: video tamen, aliud placuiſſe Marcello, cujus auctoritatem etiam Ulpianus ſecutus eſt in *l. qui teſtamento* 20. §. 2. *hoc tit.* Ita enim ſcribit: *Per contrarium quæri poteſt, an pater ejus, qui de caſtrenſi peculio poteſt teſtari, adhiberi ab eo ad teſtamentum teſtis poſſit. Et Marcellus libro* 10. *Digeſtorum ſcribit poſſe: & frater ergo poterit.* Contraria omnino ſententia & directò pugnans cum eo, quod hoc loco tradit Imperator, ut benè animadvertit D. Hotomannus. Nam quod cæteri interpretes, inter quos etiam Viglium & Bachovium eſſe video, Marcelli ſententiam reſtringunt ad eum caſum, quo filiusfam. de peculio caſtrenſi teſtatur jure militari, ſive privilegiato, nullo colore defendi poteſt. Primùm quia tota tractatio illius tituli propria eſt teſtamenti ſolemnis, ut proindè veriſimile non ſit, Ulpianum eo loco miſcuiſſe quæſtionem, quæ ad militaria teſtamenta pertineret, quod nulla alia in parte ejuſdem tit. aut factum eſt, aut factum oportuit. 2. Quia Ulpianus hanc quæſtionem proponit oppoſitivè ad præcedentem, quæ oppoſitio in diſſimili genere teſtamenti plane inepta foret. Negaverat *in* §. 1. *ejuſdem l.* 20. filium, qui in poteſtate eſt, teſtem eſſe poſſe in teſtamento patris. Hoc dictum omnes intelligunt de teſtamento ſolemni, nec ad teſtamentum militare pertinere. Mox per contrarium quærit, an pater ejus, qui de peculio caſtrenſi teſtari poteſt, adhiberi ab eo ad teſtamentum teſtis poſſit; & ait, poſſe, ex ſententia Mercelli. At hæc quæſtio minimè præcedenti contraria eſt, niſi de eodem genere teſtamenti, ad quod præcedens pertinet, accipiatur. 3. Notanda ſunt verba Juriſconſulti. Non quærit de teſtamento filii fam. militis aut in caſtris agentis, ſed quæſtionem generaliter atque indiſtinctè proponit de omni filiofam. qui de caſtrenſi peculio teſtari poteſt: at poteſt non ſolùm miles in caſtris agens jure militari, ſed idem etiam extra caſtra jure communi: poteſt eodem jure & veteranus ſeu militia miſſus. 4. De teſtamento jure militiæ facto ne dubitari quidem juſtè poteſt: quippe cum verba privilegii, quod militibus indultum eſt, *quomodò velint, quomodò poterunt*, *leg. 1. de teſtam. mil.* facilè hanc in perſonis teſtium differentiam abſorbeant, & reciprocationem teſtimoniorum patris & filii admittant; imò ne teſtem quidem deſiderent, ubi de militis voluntate conſtet: de quo ampliùs, §. 1. *ſeq. tit.* Et fortaſſe motus fuit Marcellus ea, quam dixi, ratione; quia placuit, filiumfam. in peculio caſtrenſi pro patrefam. haberi, quaſi ob id etiam diverſam à patre perſonam in cauſa iſtius peculii ſuſtinere debeat; id enim receptum eſt, cum de acquirendo ex cauſa hujus peculii agitur, in quo ferè foro alioqui fictio illa, quòd pater & filius pro una perſona habeantur, locum habet.

Ea in re domeſticum teſtimonium] Myſticus horum verborum ſenſus eſt, nequis ex his colligat in aliis cauſis domeſtica teſtimonia non reprobari. Quin in cauſis judicialibus multò magis reprobantur, & tantò, quantò major eſt reprobationis cauſa. Sed nimirum hæc Juſtiniani ſententia eſt: Licèt in teſtamentis de lucro aut commodo ejus, qui teſtes adhibet, non agatur, ut fit in cauſis forenſibus, ac proindè hic verendum nō ſit, ut propter affectionem aut reverentiam veritas celetur, quam ob cauſam etiam perſonæ conjunctiſſimæ & amiciſſimæ hic invicem jus dicendi teſtimonii habeant: nihilominùs tamen domeſticum in hac cauſa teſtimonium prohibitum eſſe, hoc eſt; eorum, qui ita conjuncti ſunt, ut alter ſit in familia & poteſtate alterius, & fictione juris eadem cum altero perſona, unde cum alteri teſtimonium præſtat, ſibi quodammodò præſtare

Vinnius in Inſtitut.

videatur: Hac ſola juris ſubtilitate teſtimonia in propoſito vetari, non aliqua falſi ſuſpicione propter cognationem aut affectum. Atque hanc eſſe Juſtiniani ſententiam hic ipſe locus ſatis perſpicuè indicat, quam idcircò etiam his verbis extendit Theophilus; τὴν δὲ κώλυσιν, inquit, μαρτυρίας οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ἐν ὑπεξουσιότητι λαμβάνομεν: eademque ferè ratione Juſtinianus, *inſ. de hær. qual.* §. 2. ſuos hæredes appellatos eſſe ait, quia domeſtici hæredes ſunt, quibus opponit extraneos, id eſt, omnes, qui in poteſtate morientis non fuerunt. Cùm igitur prohibendi hujus teſtimonii non alia cauſa ſit, quàm unio illa perſonarum, quæ per poteſtatem contingit, ſequitur, inter eos, qui ita uniti non ſunt, teſtimonia teſtamentaria licita eſſe, quamvis alioqui ſumma ſit inter eos conjunctio aut charitas. Itaque & patrem rectè teſtem adhiberi in teſtamento filii emancipati, avum in teſtamento nepotis ex filia, & contra: Item virum in teſtamento uxoris, multòque magis patronum in teſtamento liberti, & patremfam. in teſtamento mercenarii, & viceverſa libertos & mercenarios in teſtamentis illorum: ac proindè errare interpretes, & inter hos Ant. Matthæum, qui teſtimonia teſtamentaria cum judicialibus confundunt. In judiciis nulli parentes & liberi invicem idonei teſtes, *l. 9. de teſt lib. l. 6. C. eod.* ſuſpecti omnes, quibus quovis modo imperari poteſt, *l. 6. eod.* qualis eſt etiam libertus in domo patroni degens, item qui mercede conducuntur, ut famuli & coloni in villis, aut id genus alii, qui domi famulantur. In his enim cauſis domeſtica teſtimonia interpretamur teſtimonia perſonarum domeſticarum, hoc eſt, eorum omnium, qui de domo rei, qui in eos imperium habet, producuntur, *leg. pen. de teſtib. fac. leg. 13. §. furta domeſtica de pæn. leg. leg. ult. §. pen. Cod. de his qui ad eccleſ. conf.* Diſcriminis ratio jam ante à me indicata, hæc eſt, quòd in cæteris cauſis agitur de commodo pecuniario ejus, cui teſtimonium dicitur, ut meritò in his teſtes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia, aut obſequio veritatem celaturos, ſuſpicio eſt: in teſtamento autem non de commodo teſtatoris, ſed hæredis agitur, ut non tam illi, quàm huic teſtimonium teſtes perhibeant.

TEXTUS.

De hærede, & his, qui ſunt in ejus familia.

10. *Sed neque hæres ſcriptus, neque is, qui in ejus poteſtate eſt; neque pater ejus, qui eum habet in poteſtate; neque fratres, qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, teſtes adhiberi poſſunt: quia hoc totum negotium, quod agitur teſtamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter teſtatorem & hæredem agi. Licèt autem jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem & eos, qui per poteſtatem conjuncti fuerant, à teſtamentariis teſtimoniis repellebant: hæredi autem, & iis, qui per poteſtatem ei conjuncti fuerant, concedebant teſtimonia in teſtamentis præſtare: licèt ii, qui id permittebant, hoc jure minimè abuti eos debere ſuadebant: tamen nos eamdem obſervationem corrigentes, & quod ab illis ſuaſum eſt, in legis neceſſitatem transferentes, ad imitationem priſtini familiæ emptoris, meritò nec hæredi, qui imaginem vetuſtiſſimi familiæ emptoris obtinet, neque aliis perſonis, quæ ei (ut dictum eſt) conjunctæ ſunt, licentiam concedimus ſibi quodammodo teſtimonia præſtare: ideòque nec ejuſmodi veteres conſtitutiones noſtro Codici inſeri permiſimus.*

NOTÆ.

10. *Creditur hodie*] Sublata videlicet familiæ mancipatione. Expende, quod ait, *totum* ut hac ratione teſtimonium recipiatur legatarii & fideicommiſſarii. Cujac.

Hæredi autem] Non tantùm clam ſcripto, ſed palam etiam nuncupato.

Priſtini familiæ emptoris] Cujus teſtimonium ideo receptum non fuiſſe certum eſt, quia negotium teſtamenti palam & apertè cum eo ipſo, ut vero hærede, agebatur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur veteres fiduciarium familiæ emptorem à teſtimonio removerint, hæredem admiſerint.*
2 *An ad teſtamentum rectè adhibeatur pater hæredis, cujus in poteſtate non eſt, filiive hæredis emancipati, &c.*

Cauſa privata altera, quæ teſtem inhabilem facit, eſt negotium teſtamenti, quod cum teſte agitur. Negotium teſtamenti dicitur id, cujus præcipuè cauſa teſtamentum ordinatur, nimirum inſtitutio hæredis ſive univerſi juris ſucceſſoris. Nemo igitur teſtis adhiberi poteſt in eo teſtamento, in quo hæres ſcriptus eſt: quod ideò placuit, quia in teſtamento negotium hæredis rectà & principaliter agitur, utque is ſolus ſit juris ſucceſſor. Hærede autem ſummoto conſequens fuit, ut unà removeretur, qui in poteſtate ejus eſt, & pater quoque, qui eum habet in poteſtate, & denique frater, qui cum eo in ejuſdem patris poteſtate eſt, propter vinculum illud unitatis, de quo dictum, §. *præc.*

Veteres familiæ emptorem repellebant: hæredi autem concedebant] Certum eſt, olim, cum primùm forma teſtandi per æs & libram inventa eſt, neque hæredem, neque eos, qui per poteſtatem ei conjuncti erant, ad teſtimonium in teſtamento præ-

to præſtandum admiſſos fuiſſe: quippe cùm negotium teſtamenti palam & apertè cum ipſo hærede ageretur. Nam ut oſtendimus in explicatione §. 1. *hujus tit.* initio, ipſe hæres futurus emebat familiam à teſtatore, iſque eam hæredi mancipabat, ut ille hoc tamquam juſto titulo bona poſt mortem teſtatoris pleno jure Quiritium conſequeretur. Procedente autem tempore, ob cauſas, quas ibidem indicavimus, hoc mutatum fuit, inſtitutumque, ut ſolemnitatis implendæ cauſa familiæ quidem emptor palam adhiberetur, ſed alius ab hærede, & fiduciarius, qui hæredi fortè clam in tabulis ſcripto familiam remanciparet. Quo recepto cœpit familiæ em-
1 ptor à dicendo in teſtamento teſtimonio ſummoveri, & hæres admitti; quaſi negotium teſtamenti, jam non tam cum hærede, quàm cum familiæ emptore gereretur, & abſurdum ſit, eum, cum quo negotium aliquod geritur aut contrahitur, licèt imaginariè, teſtis officio fungi. Atque hoc etiam obtinebat; etſi hæres ſcriptum ſe non ignorabat. Cicero in orat. pro Milon: *Cyri teſtamentum palam obſignavi cum Clodio: & illum hæredem & me ſcripſerat.* Cæterum ab eo jure poſtea iterum receſſum fuiſſe arguit *l. qui teſtamento* 20. *pr. hoc tit.* niſi locus ille à Triboniano interpolatus ſit, aut de alio genere teſtamenti intelligendus, quàm quod per æs & libram fiebat, accipiendus, *arg.* §. 2. *tit.* 20. *Inſt. Ulpian.*

Minimè hoc jure abuti eos debere ſuadebant] Et ſi teſtimonium hæredis apud veteres licitum eſſe cœpit, cùm alius familiam emeret; exiſtimabant tamen, minùs verecundè heredem facturum, ſi ſciens ſe hæredem ſcriptum eſſe, jure ſibi conceſſo uteretur; quamobrem etiam ſuadebant, ut potiùs ſe excuſaret, atque à teſtimonio, ſi pudori ſuo conſulere vellet abſtineret. Non enim potuit locus eſſe huic ſuaſioni, ubi, quis hæres inſtitutus eſſet, ignoraretur. Eſt autem illud omnino veriſimile, ſublata ratione teſtandi per æs & libram (quod factum creditur ſtatim poſt translatum in Thraciam imperium, *arg. l.* 15. *C. hoc tit.*). hæredem ampliùs teſtem eſſe non potuiſſe in ullo teſtamento: quippe cùm ex eo tempore negotium teſtamenti non tantùm seriò, ſed recta etiam cum ipſo hærede agi cœptum ſit, quod antea ſimulatè agebatur cum emptore familię in teſtamento per æs & libram; quod etiam ratio initio hujus textus prolata, *Quia totum hoc negotium, &c. creditur hodie inter teſtatorem & hæredem agi*, perſpicuè oſtendit: ut adeò non admodum neceſſe fuerit, ſuaſionem iſtam veterum in leges neceſſitate à Juſtiniano transferri: quod tamen hic ſe feciſſe profitetur.

Neque aliis perſonis, quæ ei, ut dictum eſt, conjunctæ] Scilicet per poteſtatem, quod antea expreſſit; ea enim ſola conjunctio efficit, ut omnes ita conjuncti pro una perſona habeantur, atque ut ſi-
2 bi quodammodò, quod ait, teſtimonium pręſtent. Ex contrario igitur etiam hic rectè colligas, eos, qui in poteſtate hæredis non ſunt, puta liberos emancipatos, item patrem hæredis, in cujus poteſtate non eſt, & fratres ejus, ad teſtimonium in propoſito admitti poſſe. Nam cùm hi omnes diverſæ ſint ab hærede perſonæ, non poteſt dici, negotium teſtamenti propter hæredem etiam cũ his agi, eoſve ſibi aut in res ſuas teſtimoniũ dicere: licèt fortè ex eo commodum aliquod hærede mortuo conſequi poſſint: nam nec legatariorum teſtimonium reiicitur, quamvis & ipſi in conſequentiam lucrum ex teſtamento capiant. Fatendum tamen eſt, eſſe aliquid in perſonis hæredi ſanguine ſic conjunctis, ob quod videri poſſint ad teſtimonium non admittendi, quod non ſit in iis, qui teſtatori naturaliter conjunguntur, propterea quòd ut dictum §. *præc.* non de teſtatoris, ſed hæredis commodo hic agatur, ut quamvis non teſtatoris, hæredis tamen parentes aut liberi ſuſpicione graventur. Verùm in contrarium conſiderandum eſt, ignorari plerumque, quis hæres ſcriptus ſit, idque non tantùm cum ſignatur teſtamentum, ſed etiam cum teſtes iubentur ſigna ſua recognoſcere, quod fit ante aperturam tabularũ, *leg. 4. teſt. quem. aper.* Sed etſi ſciatur, quis hæres ſcriptus ſit, aut ſi palam hæres nuncupatus, non putarem tamen, ſtatim teſtamento obeſſe debere quòd dicantur inter teſtes adhibiti parens aut filius aut frater hæredis (dempta conjunctione per poteſtatem.) Nam primò ſi quam ſuſpicionem neceſſitudo indueit, ea facilè reliquo teſtium numero deletur. Deinde etſi negotium hæredis in teſtamento agitur, is tamen non eſt onerandus, quia ipſe teſtes initio ad hoc non adhibuit, ſed teſtator; neque aliis teſtibus poſtea ad probandam teſtatoris voluntatem uti poteſt, quàm iis ipſis, qui adhibiti ſunt, cùm teſtamentum ordinaretur. In quam ſententiam etiam D. Viglius inclinat.

TEXTUS.

De legatariis & fideicommiſſariis, & his qui ſunt in eorum familia.

11. *Legatariis autem & fideicommiſſariis, quia non juris ſucceſſores ſunt, & aliis perſonis eis conjunctis teſtimonium non denegamus: imo in quadam noſtra conſtitutione & hoc ſpecialiter eis conceſſimus. Et multò magis iis, qui in eorum poteſtate ſunt, vel qui eos habent in poteſtate, hujuſmodi licentiam damus.*

NOTÆ.

Quia non juris ſucceſſores] Non juris univerſi, ſed rerum ſingularum, *leg.* 9. §. 1. *D. de edend.* quorum gratia teſtamentum non ordinatur, ſed univerſi ſucceſſoris, id hæredis habendi cauſa. Itaque negotium teſtamenti cum ſolo hærede geritur, non cum legatariis: niſi fortè per conſequentiam; quod placet hic non attendi confirmato teſtibus adhibitis ipſo teſtamento, *d. l.* 14. Symmach. *lib.* 13. *epiſt.* 55.

Noſtra conſtitut.] Non extat : ſed Zenonis
hac de re habemus in *l.22.C.h.tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Divinatorium eſſe, quod quidam prodiderunt, legatarios teſtes eſſe vetitos Senatuſconſulto Liboniano, & contrarii juris primum auctorem fuiſſe Scævolam.*
2 *Ratio Juſtiniani, cur Legatariis & fideicommiſſariis jus teſtamonii non denegetur, expoſita.*
3 *Afferuntur complures aliæ, & certiores.*
4 *Diſpoſitionem hujus §. non tantùm in teſtamentis ſcriptis, ſed etiam in nuncupativis obtinere, confutata ſingulari opinione Ant. Fabri.*
5 *Fideicommiſſarios univerſales huc non pertinere.*

LEgatum aut fideicommiſſum teſtamento ali-
cui relictum, eum teſtem inhabilem in eo te-
ſtamento non facit : ſed placuit legatarios & fi-
deicommiſſarios teſtes in teſtamento adhiberi
poſſe, *l. qui teſtamento 20. in pr. hoc tit. fac. l. ſi
quis. 14. de reb. dub. l. dictantibus 22. Cod. hoc tit.*
Quo admiſſo jam eorum etiam, & quidem mul-
tò magis, teſtimonium recipiendum fuit, qui iis
per poteſtatem conjuncti ſunt. Dionyſ. Gotho-
fredus in *d. l. dictantibus*, ſcribit, olim legatarios
teſtes in teſtamento eſſe non potuiſſe ex Sena-
tuſconſulto Liboniano. Hotomannus hic, con-
troverſum hoc jus fuiſſe : & primum Scævolam
ejus inducendi auctorem : atque exiſtimat uter-
que, hoc ipſum eſſe, quod Plinius *lib. 2. epiſt. ult.*
ut improbiſſimum genus falſi notat. Sed quis Go-
thofredum docuit, tale quid cautum fuiſſe Sena-
tuſconſulto Liboniano ? Aut quis Hotomannum
fuiſſe Scævolam contrarii juris primum aucto-
rem ? Non, ſi Scævola hoc jus comprobavit, ut
teſtantur Arcadius & Honorius, *l. 3. C. Theod. de
teſtam.* protinus ſequitur, eum eſſe illius juris
primum auctorem. Quis verò credat, ſi verum
eſt, quod Gothofredus ſcribit, Scævolam reſpon-
ſurum fuiſſe contra auctoritatem recentis Sena-
tuſcunſulti ? Plinius verò loco citato non illud
improbum falſi genus appellat, ſi quis teſtimo-
nium dicat in teſtamento, ex quo legatum capit,
ſed ſi quis ejuſmodi technis, quibus uſum eſſe
ſcribit Marcum quemdam Regulum, nequiſſi-
mum omnium bipedum, aliiſve malis artibus
teſtatorem aggrediatur, & legatum extorqueat:
quem eumdem Regulum intelligit Juvenalis *ſa-
tyr. 1.*

Signator falſo, qui ſe lautum atque beatum
Exiguis tabulis & gemma fecerat uda.

Cæterum locus ipſe evidenter oſtendit, jam tum
legatarios teſtes rectè adhibitos, aut teſtibus le-
gatum rectè datum. Quin etiam diu ante tem-
pora Plinii hoc jus obtinuiſſe liquet ex *d. leg. 14.*
2 *de reb. dub.* ubi auctoritate Trebatii illud defen-
ditur.

Quia non ſunt juris ſucceſſores] Ratio à poſte-
riori, ut videtur, unde intelligamus, non ut cum
hærede, ita cum legatariis & fideicommiſſariis
negotium teſtamenti geri; ac proindè non eodem
modo hos, ut illum, à teſtimonio teſtamentario
repellendos : quod enim dixit §. *præc.* negotium
teſtamenti inter teſtatorem & hæredem geri, &
ideò hæredem non debere teſtem adhiberi in eo
teſtamento, in quo hæres inſtituitur; id hanc ra-
tionem habet, quia hæres univerſi juris ſucceſſor
eſt : quippe ſucceſſoris univerſi juris habendi
gratia teſtamentum ordinatur, ejuſque deſignatio
caput eſt & fundamentum totius teſtamenti. Uti
igitur hæredis teſtimonium rejicitur ob id, quod
negotium teſtamenti eſt negotium ſucceſſoris ju-
ris, ita legatarii admittitur, quia hoc negotium
ad eum non pertinet, qui ſucceſſor juris non eſt:
ille removetur ab illo negotio, tanquam ſuæ rei
teſtimonio : hic admittitur in illo negotio teſtis
tanquam in re aliena. Quod etiam ſignificare vi-
detur Marcianus in *d. l. 14. de reb. dub.* cum ait,
ipſum teſtamentum confirmari teſtibus adhibi-
tis : nempe univerſum illud negotium, quod in-
ter teſtatorem & hæredem de juris ſucceſſione
agitur, ſignatorum teſtimonio confirmari non at-
tento legato ex illa juris ſucceſſione pendente.
Sed eſto : ne ſint legatarii juris ſucceſſores : le-
gata ad conſtitutionem teſtamenti non perti-
neant; & hactenus dicatur negotium teſtamenti
ad legatarios non pertinere : fatendum tamen
utique eſt, ſaltem aliquo modo etiam de re lega-
tarii in teſtamento agi; quippè qui emolumenti
ex teſtamento percipiendi ſpem habet, cujuſque
propterea pecuniariter intereſt, teſtamentum
confirmari, ne relictum concidat, *l. eam quam C.
de fideicom.* Hoc ipſum verò ſatis cauſæ eſt ad
arcendos à teſtimonio legatarios. Nam etſi non
principaliter & recta in rem ſuam teſtimonia fe-
rant, ſed hæredis; per conſequentiam tamen
confirmati teſtamenti & hæreditatis aditæ hoc
etiam ad ipſorum commodum pertinet : ac pro-
indè quod nemini conceſſum eſt, *l. nullus 10. de
teſtib. & C. eod. l. omnibus*, in re & cauſa propria
nihilominus teſtimonium dicunt : ſiquidem pa-
lam eſt, cauſam propriam eſſe etiam, cujus emo-
lumentum aut damnum ad aliquem quoquo mo-
do ſuo nomine pertineat, *leg. 1. §. in propria 1t.
quand. appell. DD. in d. l. omnibus & l. ſeq. C. de te-
ſtib.* Quamobrem etſi ratio Juſtiniani hoc efficit,
ut magis hæres repellendus ſit, quàm legatarius,
tamen non ſatis idonea videtur, ut propter
eam legatarius debeat admitti. Ea verò ita
eſt : nec dubitandum, quin certiore aliqua &
ſpeciali ratione hoc jus receptum fuerit; quam-
vis nulla præter hanc Juſtiniani in libris noſtris
apertè tradita inveniatur, Interpretes complures
afferunt. Prima eſt, quòd numerus reliquorum 3
teſtium & cæterarum rerum diligentiſſima obſer-
vatio teſtimonium legatarii ab omni falſi ſuſpi-
cione tuetur; neque tam ob teſtimonium legata-
rii, quàm ob reliquorum, ad quos ea res non per-
tinet legatum ſuſtineatur. Secunda eſt, quòd in
propoſito legatariis res ſit cum hærede, qui, cum

hoc

hoc debeat teſtibus, quod teſtamento eorum teſtimonio confirmato ipſe hæreditatem & bona univerſa defuncti conſequitur, improbè ſactutus ſit, legatum aliquibus eorum relictum hoc prætextu præſtare recuſet, quòd in re propria teſtimonium dixerint. Nam ſive tempus facti teſtamenti ſive aperti conſideretur, teſtes de voluntate teſtatoris dumtaxat à ſuo facto deponunt: poſteà verò cum legatum petunt, cum ſolo hærede iis negotium eſt, qui non poteſt non improbè fidem derogare, teſtimonio eorum quorum fidem in cauſa ſecuta eſt. Hanc attulit Bachovius; eaque mihi non minimè ponderis eſſe videtur. Et fortaſſis hoc potiùs eſt, quàm quod ante dixi, quod Marcianus ſenſit in *d.leg.14.de reb. dub.* cum ex Trebatii & Pomponii ſententia legatum ſignatoribus ſive teſtibus (nec enim hi diverſi ſunt) relictũ ideo valere ſcribit, quia ipſum teſtamentum teſtibus adhibitis confirmatur. Hic accedit & tertia, quod veteres ſuprema ordinaturi amicis ferè ſignatoribus utebantur, quibus amoris teſtificandi gratia nihil relinqui poſſe, durum ſanè atque inhumanum eſſet. In quam rem elegans locus eſt Symmachi *lib. 10. epiſt. 55. Quis*, inquit, *non familiariſſimum quemque ſignandis adhibet, cum extrema conduntur? Iam quid mirum eſt, ſi in oculis poſitus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari?* Porrò ita diſputat, ut, ſi his legibus viveremus, ut tenuis honor, quo ſubſcriptores ob amicitiam defunctus adſpergit, legitimum poſſit abolere judicium, inimicis ſignatoribus tutius uterentur: inanemque appellat calumniam & rem poſt humanam memoriam inauditam, objectionem Baſſiani cujuſdam, qui hoc jus in dubium vocabat. facit *leg. Pamphilo 39. §. 1. de leg. 3.* Atque his ego rationibus
4 adducor, ut credam, hoc jus non tantùm in teſtamentis ſcriptis ſervandum eſſe, verùm etiam in nuncupativis: licèt diſſentiant *Duar. ad tit. qui teſtament. fac. & Ant. Fab. deciſ. 96. err. 1. & ſeqq.* Equidem in teſtamento nuncupativo, quod uti nunc mos eſt, per Notarium in ſcripturam redigitur, ea res minorem dubitationem videtur habere, quia privatum legatarii teſtimonium publicæ perſonæ juvatur fide, *Io.Fab. Arentin. In ol. Vig. Zypæ not. jun. Belg. de teſtam.* utut Groenevv. *de ll. abr.* hic ſubſiſtat: ſed in mera ſimplicique nuncupatione cauſa eſt, cur dubites, cùm hic teſtes recta tam de legato, quàm de jure hæredis deponant; nullaque alia re teſtimonium juvetur, ut videri poſſit, perinde id habendum eſſe, ac ſi quis ſibi aliquid in teſtamento adſcribat, quod Senatuſconſulto prohibitum eſt, *l.14. in pr. ad leg. Corn. de falſ.* Et tamen magis eſt, ut hic quoque teſtimonium legatarii admittatur, cùm cæterorum teſtium fides ſuſpicionem tollat, legataque ac fideicommiſſa etiam codicillis relinqui poſſint, in quibus conſtat, quinque teſtes ſufficere: ut mutua hic futura ſint teſtimonia, quod notat *D.Hotom. add. Diod. Tulden. ad hunc tit. c. 9.* quamquam haud gravatè admiſerim, nonnihil hic tribuendum religioni judicantium. Singularis opinio eſt Ant. Fabri. *d. dec. err. 3.* qui putat, *Nov. 1. c. 1.* in totum ab hoc jure receſſum eſſe, ut hodie nec in ſcripto teſtamento teſtimonia legatariorum & fideicommiſſariorum admittenda ſint: quoniam Juſtinianus eo loco caverit contra veteris juris regulam, ut ſi ſcripti hæredes hæreditatem adire recuſarent, ipſius legatariis & fideicommiſſariis poteſtas adeundi eſſet: unde colligit, jus teſtimonii dicendi nunc iis planè denegandum eſſe, locumque in iis nunc etiam habere rationem hujus §. quia juris ſucceſſores fieri poſſunt. Ego verò malim dicere, hoc curandum non eſſe, quia ex accidenti eſt. *Caſus adventitii*, inquit Scævola, *non ſunt computandi, leg. 6. qui & à quib. man.* & eleganter Græci; Οὐ χρὴ τοῖς ἔξωθεν συμβαίνουσι δείμασι μετέχειν ἡμᾶς. Planè 5
locus hic accipiendus eſt de fideicommiſſariis particularibus: nam univerſalis fideicommiſſarius, id eſt, cui ex fideicommiſſo reſtituitur hæreditas, loco hæredis eſt, & poſt Senatuſconſultum pro ſucceſſore jure habetur, *§. 3. & 4. inf. de fideic. hær. leg. 1. l. 3. de fideic. hær. per. D. Tulden. c. 8. in fin.*

Quadam conſtitutione noſtra] Calumniantium iniquitas ſæpè flagitat, ut ea; quæ certo jure conſtituta ſunt, novis ſubinde conſtitutionibus ſpecialiter ſint confirmanda: quod etiam in propoſito accidit. Conſtitutio autem Juſtiniani, quò hic ſe refert, haud dubiè priori Codici inſerta fuit. Cæterum omiſſa eſt in Codice repetitæ prælectionis edito poſt compoſitionem Inſtitutionum, quem ſolum hodie habemus. Et inepti ſunt, qui hic intelligi putant aut conſtitutionem Zenonis *leg. dictantibus 22. Cod. hoc tit.* aut reſponſum Juriſconſulti *leg. qui teſtamento 20. in pr. D. eod.* quando enim ita loquitur Juſtinianus? At ſæpè in his libris conſtitutionum meminit, quæ in poſteriori Codice non habentur, ut in *§. ſed nec inf. de leg. §. pen. inf. de leg. agn. ſucc. §. 3. de ſucc. libert.*

Textus.

De materia, in qua teſtamenta ſcribuntur.

12. *Nihil autem intereſt, teſtamentum in tabulis, an chartis membraniſve, vel in alia materia fiat.*

Notæ.

12. *In tabulis*] Ligneis, dolatis, & cera illitis Hinc tabulæ teſtamenti, vel etiam tabulæ pro teſtamento, & lignum pro tabulis, *leg. 19. de bon. poſſ. cont. tab.* Juven. *ſat. 13. & 16.* denique & cera pro tabulis. Suet. in *Iul. c. 83.* Horat. *2. ſat. 5.* Juven. *ſat. 15.*

An in chartis] *l. 1. l. 4. de bon. poſſ. ſec. tab.* De varia materia, qua veteres in ſcribendo uſi. v. Plin. *lib. 13. c. 11. & 12.* Alex. Neap. *2. gen. dier.* Hot. *4. obſ. 1.* Salmaſ. *de mod. uſur. c. 10.*

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

1 *Vnde ſit, quòd ceram pro tabulis veteres dixerint.*

2 *Teſtamenta non notis, ſed litteris ſcribenda eſſe.*

ANtiqui ferè in tabulis ligneis teſtamenta & quaslibet cautiones ſcribere ſolebant. Ex quo eſt, quòd prætores in edictis ſuis de teſtamenti tabulis tantummodò loquuntur: & quod bonorum poſſeſſio, quæ liberis præteritis da-
1 tur, vulgò dicitur dari contra lignum, *l. quod vulgo 19. de bon. poſſ. cont. tab.* & inde Juvenalis *ſatyr. 13. & 16.* adulterinas & mendaces cautionum tabulas appellat *vana chirographa ligni.* Tabulæ autem illæ cera illitæ erant, litteraſque ſtylo, primùm ferreo, poſteà oſſeo, in iis exarabant; unde factum, ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sueton. *in Iul. Quintum Pædium ex quadrante hæredem inſtituit: reliquos in ima cera.* Horat. 2. *ſatyr.*

Sic tamen, ut limis rapias, quid prima ſecunda
Cera velit verſu.

Juvenalis *ſat. 15. Accipe ceram, Scribe, puer,* id eſt accipe tabellas ceratas, aut ceratos pugillares, eoque nihil apud hunc poetam uſitatius. Cæterum etiam alia materia uſos fuiſſe conſtat, veluti chartis, membranis ſive pergamenis, foliis & libris quarumdam arborum, *l. librorum 52. de leg. 3. add. Plin. lib. 13. c. 11. & 12. Alex. ab Alex. 2. gen. dier. 30. Hotom. 4. obſ. 1.* Si quis curioſior, is adeat D. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c. 10.* Quamvis autem prætor in dandis bonorum poſſeſſionibus tabularum dumtaxat mentionem faciat; non eo tamen minùs bonorum poſſeſſionem peti poſſe placuit, ſi in alia materia, quæ ad ſcribendum idonea ſit, figura tabularum teſtamentum ſcriptum fuerit, *l. 1. de bon. poſſ. ſec. tab.* Atque adeò etſi in charta deletitia & opiſthographo, *l. 4. eod.* Hodie Notarii, qui ferè in teſtamentis adhiberi ſolent, in conficiendis inſtrumentis pergamenis uti ſolent: quamquam ſi in charta papyracea ſcripſerint, non ideò protinus exiſtimandum ſit inſtrumentum nullum eſſe, aut partium jura lædi, ut hic D. Viglius notat. Illud quoque non refert, quo genere ſermonis, quave lingua quis teſtamentum conſcribat, *l. hac conſultiſſima 21. §. ult. l. quoniam 15. C. de teſtam.* Cæterum litteris, iiſque uſitatis & legibilibus ſcribendum eſſe placuit, non ſignis obſcuriſve notis, *l. 6. §. ult.*
2 *de bon. poſſ.* Utique tamen, ſi per notas uſitatas, quibus ſcilicet utimur in deſignanda quantitate, portio hæreditaria aut ſumma legati expreſſa fuerit, inſtitutio aut legatum non vitiabitur, *l. 9. §. 4. de hær. inſt.*

TEXTUS.

De pluribus Codicibus.

13. *Sed & unum teſtamentum pluribus codicibus conficere quis poteſt, ſecundùm obtinentem tamen obſervationem omnibus factis: quod interdum etiam neceſſarium eſt; veluti ſi quis navigaturus & ſecum ferre & domi relinquere judiciorum ſuorum conteſtationem velit: vel propter alias innumerabiles cauſas, quæ humanis neceſſitatibus imminent.*

NOTÆ.

13. *Vnum teſtamentum*] Nemo enim paganus cum duobus teſtamentis decedere poteſt, *l. 19. de teſtam. mil.*

Pluribus codicibus] Pluribus exemplaribus, *leg. 24. hoc tit. leg. 1. §. 5. ſec. tab. leg. 47. de legat. 2.* pluribus tabulis, *d. l. 1. §. 6. leg. ult. quæ in teſtam. de leg.* ut tamen omnia ſint inter ſe ἰσότυπα, unius tenoris & formæ, ac ſolemnitatis, *d. leg. ult.* & facta quaſi teſtamentum, non unum quaſi teſtamentum, aliud quaſi exemplum ſeu ἀντίγραφον, *d. leg. 1. §. 7. ſec. tab.* add. Salmaſ. *ubi ſup.*

COMMENTARIUS.

1 *An ut unius teſtamentum in plures codices referri, ita & plurium teſtamenta in unum codicem conferri poſſint.*

PLuribus codicibus] Id eſt, pluribus exemplaribus, *l. unum 24. hoc tit. l. 1. §. ſi quis 5. de bon. poſſ. ſec. tab.* aut pluribus tabulis, *l. ult. quæ in teſt. del.* Ait, *unum teſtamentum.* Nemo enim paganus cum duobus teſtamentis decedere poteſt, ſed prius ſemper rumpitur à poſteriore. Teſtamentum verò, quod quis pluribus codicibus conſignavit, atque eodem tempore ſolemniter complevit, unum atque idem teſtamentum eſt, *l. 1. §. 6. de tab. exhib. l. ult. quæ in teſt. de leg.* Sed & ſi quis in duobus codicibus ſimul ſignatis alios atque alios hæredes ſcripſerit, & utrumque extet, ex utroque quaſi ex uno competit bonorum poſſeſſio; quia pro unis tabulis habetur, & utrumque pro ſupremo, *d. l. 1. §. ſeq. & ſi 6. ſec. tab.* quem locum eruditè interpretatur D. Salm.
cap. 10. de mod. uſur. pag. 417. & ſeq. ubi & alia 1
minùs trita. An autem, quemadmodum uni licet teſtamentum ſuum in plures codices referre, ita ex contrario pluribus liceat ſua teſtamenta conferre in codicem unum, ſive in unius chartæ volumine ſuprema ordinare, unius iiſdemque teſtibus ſeptem ad eam rem convocatis, unoque contextu adhibito, quæſitum eſt. Negant Vigl. & Hotomannus: quibus aſſentior. Etenim ut uniuſcujuſque teſtamenti propria conteſtatio eſt, ita & proprium ac ſeparatum inſtrumentum eſſe oportet: admiſſaque illa diverſorum teſtamentorum conjunctione, corrumpatur neceſſe eſt ſubtiliſſimum teſtamenti negotium, quod totum uno perpetuoque contextu ac tempore perfici atque abſolvi debet, nec alienos aut extraneos aliorum actus intervenire patitur, *l. hæredes 21. §. ult. hoc tit. l. hac conſultiſſima 21. l. cum antiquitas 28. C.*

Digitized by Google

28. *C. eod.* In caſu pupillaris ſubſtitutionis patris quidem & filii teſtamentum conjungi poteſt, uniſque ſeptem teſtium ſignis obſignari: ſed hoc ideo receptum, quia pro uno teſtamento habetur, *leg. patris 20. de vulg. & pup. ſubſt.* ut vel ex eo intelligere liceat, ſingula teſtamenta ſingulas ſeorſum deſiderare ſolemnitates. Diſſ. tamen comm. DD. quorum ſententiam ex profeſſo contra Viglium tuetur PecKius *lib. 1. de teſtam. conjug. cap. 19.* & uſus probavit: hodieque uſitatiſſimum inter conjuges eſt, ut ſimul & unis ſolemnibus adhibitis teſtentur, & tam in ſcriptis, quàm per nuncupationem: quod etiam Novella quadam Valentiniani permiſſum fuit, *tit. de teſtam. lege 1. add. Gail. 2. obſer. 117.*

Secundùm obtinentem obſervationem] Si unius teſtamenti plures ſint codices, poteſt ex unoquoque bonorum poſſeſſio peti, ſed ita, ſi omnes ſint authentici, id eſt, ſi facti ſint tamquam teſtamentum, eodemque tempore adhibita omni ſolemnitate compleri, *d. leg. ult. de his quæ in teſt. del.* Aliud namque juris eſt, ſi teſtator unum fecerit, non quaſi teſtamentum, ſed quaſi exemplum ſive copiam, ut vulgò loquuntur, *d. leg. 1. §. ſed ſi 7. ſecund. tab.* quia ſi ex apographo ſive deſcriptione bonorum poſſeſſio daretur, magna aperiretur feneſtra improbis hominibus ad teſtamenta ſubiicienda. *fac. l. 2. de fid. inſtrum.* Quid verò juris erit, ſi ex binis tabulis ejuſdem teſtamenti unam teſtator deleverit aut inciderit? Reſponſum eſt, ex integris hæreditatem adiri, aut bonorum poſſeſſionem peti poſſe; niſi hi, qui ab inteſtato venire deſiderant, probaverint, hoc animo à teſtatore inciſas, ut inteſtatus moreretur, *d. l. ult. quæ in teſt. del.* Quid ſi eidem diverſa ſumma legata ſit, puta in alteris aurei quinquaginta, in alteris centum? Proculus reſpondit hæredi parcendum eſſe & tantùm quinquaginta deberi, *l. Sempronius 47. de legat. 2.*

Quod interdum etiam neceſſariam] Κατά τι, ſi videlicet quis vereatur, ne ſi fortè unum tantùm exemplar fecerit, voluntas exitum non ſit habitura: quippe cùm unum inſtrumentum facilè amitti, aut aliàs perire, occultari aut ſupprimi ab hæredibus venientibus ab inteſtato poſſit, *leg. unum 24. hoc tit. leg. ſi in duobus 10. §. ult. teſt. qu. aper.*

TEXTUS.

De Teſtamento nuncupativo.

14. *Sed hæc quidem de teſtamentis, quæ ſcriptis conficiuntur, ſufficiunt. Si quis autem ſine ſcriptis voluerit ordinare jure civili teſtamentum, ſeptem teſtibus adhibitis, & ſua voluntate coram eis nuncupata, ſciat, hoc perfectiſſimum teſtamentum jure civili, firmumque conſtitutum.*

NOTÆ.

14. *Iure civili*] Prætorii teſtamenti præcipua ſolemnitas conſiſtit in obſignatione teſtium, cui ſine tabulis locus eſſe non poteſt: quamquam prætor, ut cuſtos juris civilis, etiam ſecundùm nuncupationem bonorum poſſeſſionem dat, *l. 8. §. ult. ſec. tab.*

Septem teſtibus] Numerus & conditio teſtium eadem, quæ in ſcripto: ut & teſtium rogatio, & teſtationis unus contextus, *l. 21. §. pen. & ult. h. t. l. 21. §. pen. C. eod.*

Voluntate nuncupata] Palam & clarè pronuntiata, ut à teſtibus exaudiri & intelligi poſſit, *dd. ll. l. 25. eod.* Suet. *in vid. Horat. Deceſſit hærede Auguſto palam nuncupato.* Scriptum teſtamentum etiam clauſum offerri teſtibus obſignandum poteſt, celato nomine hæredis: unde μυστικὴ Græcis dicitur:

COMMENTARIUS.

1 *Communia teſtamento ſcripto cum nuncupativo.*
2 *Quâ in re præcipuè alterum ab altero diſtet.*
3 *Veteres rariùs hæredem nuncupare ſolitos fuiſſe, quàm ſcribere, & quare.*
4 *Modi ſeu formæ teſtandi, quibus in hiſce regionibus ferè utimur.*
5 *An teſtamentum ſecundùm ſtatutum aut conſuetudinem alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum.*

HOc §. breviter comprehenſa eſt forma teſtandi ſine ſcriptura ſive per nuncupationem: quæ teſtandi ratio tota eſt à jure civili: nam prætorii teſtamenti præcipua ſolemnitas conſiſtit in obſignatione teſtium, cui ſine tabulis locus eſſe non poteſt. Cæterum prætor ut cuſtos juris civilis, etiam ſecundùm nuncupationem bonorum poſſeſſioné dat, *l. 8. §. ul. ſec. tab. l. 2. C. eo.*

Septem teſtibus adhibitis] Teſtamento nuncu-
pativo quædam communia ſunt cum ſcripto, ve- 1
luti numerus teſtium, eorumque conditio, & teſtationis unius contextus. Oportet quoque hic æquè teſtes rogari, aut certè admoneri, cujus rei gratia collecti ſint, *l. hæredes 21. §. pen hoc tit. l. hac conſultiſſima 21. §. per nuncupationem, C. eod.* Olim etiam neceſſe fuit, ut is, qui per nuncupationem teſtaturus erat, formalibus verbis teſtes præmoneret, ſe ideò eos convocaſſe, quòd ſine ſcriptura teſtamentum facere conſtituiſſet. Sed cùm ex ipſa nũcupatione ſatis appareat, qua forma quis teſtari cogitet, Juſtinianus id ſuſtulit, *l. in teſtamentis 26. C. eod.* Quid verò, ſi de eo dubitetur? Finge, unum aut alterum è teſtibus adhibitis, cùm teſtator ex ſcheda, in qua memoriæ cauſa voluntatem exceperat, recitato teſtamento hæredem pronunciaſſet, ſubſignaſſe & ſubſcripſiſſe. Et vulgò rectè placuit propter ſuperfluam ſolemnitatem non debere vitiari teſtamentum, quod utique omiſſa ea in vim nuncupationis valiturũ erat. Planè, ſi conſtet ſcripturam, quæ proferatur

Digitized by Google

ad teſtamentum faciendum paratam eſſe, aliud
dicendum erit, *l. ex ea 29. hoc tit.*
2 *Et ſua voluntate nuncupata.*] In hoc maximè di-
ſtat teſtamentum, quod ſine ſcriptura fit, à teſta-
mento ſcripto: nam ſcripturam teſtamenti poteſt
teſtator, ſi ita illi videbitur, clauſam coram teſti-
bus proferre, teſtarique, ſuum hoc eſſe teſtamen-
tum, celato nomine hæredis; quam ob cauſam
hoc teſtamentum myſticum dictum. Nuncupare
hæredem, eſt lingua & verbis pronuntiare: unde
nuncupare hæredem & heredem pronuntiare pro
eodem uſurpantur, *leg. ſi is qui 25. hoc tit.* Gloſſ.
Baſil. *nuncupatio*, [illegible]. Palam au-
tem voluntas hic nuncupanda eſt: non utique
publicè aut in propatulo, quod particula *pa-
lam* aliquando ſignificat, veluti cum mulier di-
citur palam corpore ſuo quæſtum facere; ſed
clarè & intelligenter, ſic ut à teſtibus exaudiri
& intelligi poſſit, *d. leg. hæredes 21. in pr. hoc tit.
d. leg. hac conſultiſſima, §. per nuncupationem,
Cod. eod. leg. ult. de iur. eod.* ita Svetonius in vita
Horatii: *Deceſſit hærede Auguſto palam nuncupa-
to, cùm urgente vi valetudinis non ſufficeret ad ob-
ſignandas teſtamenti tabulas.* Proinde quod in
teſtamento ſcripto neceſſarium non eſt, *leg. qui
teſtamento 20. §. pen. hoc tit.* in nuncupativo om-
nino neceſſarium putamus, ut teſtes intelligentiā
habeant ſermonis teſtatoris: quo etiam *fac. leg.
coram. 209. de verb. ſign.* eoque jure hodie uti-
mur. Fuit quidem etiam in ſcriptis teſtamenti
uſurpata nuncupatio: ſed in his ſignificat gene-
ralem illam teſtationem voluntatis, cum teſta-
tor tabulas teſtamenti tenens apud eos, qui ut
teſtes eſſent, rogati erant, teſtabatur, id ſuum
teſtamentum eſſe, non nuncupationem hæredis,
Ulp. *tit.* 20. §. 8.
Perfectiſſimum] Reſpectu ſcilicet effectus,
quem non minorem habet, quàm teſtamentum
ſcriptum; quod alioqui ratione ſolemnitatis per-
3 fectius eſt. Etſi autem ratio teſtandi per nuncu-
pationem longè expeditior eſt, quàm per ſcrip-
turam: tamen teſtamenta nuncupativa minus
uſitata veteribus fuiſſe, quàm ſcripta, argumento
eſt, quod paſſim tabularum teſtamenti & hære-
dum ſcriptorum in libris noſtris mentio fit; rarò
nuncupationis. Cujus ego rei duplicem eſſe cau-
ſam reor; tum quòd in teſtamento ſcripto ne-
ceſſe non eſt pandere ea, quæ ſcripta ſunt; quæ
celari ſæpè intereſt & ipſius teſtatoris & hærè-
dum cæterorumque quibus aliquid relinquitur;
quā utilitatem teſtamentum nuncupativum non
habet: tum quia ſcripti teſtamenti fides ſubſcri-
ptionibus & ſignis teſtium confirmantur; ex
quo fit, ut etiamſi teſtes deceſſerint, ratum nihilo-
minùs illud maneat; nuncupativi autem teſta-
menti fides tota pendet à depoſitione teſtium,
quibus mortuis aut aliquibus eorum, cùm non
ſint, aut pauciores ſint, quam requiruntur, qui ſiſti
iterum poſſint, & in judicio teſtimonium dicere,
neceſſe eſt irritam fieri defuncti voluntatem. Sed
huic incommodo poſteà occurſum eſt adhibito
tabulario, qui voluntatem coram teſtibus nuncu-
patam acciperet, ac rem geſtam ſcripturæ ſuæ
auctoritate confirmaret: cujuſmodi ſcripturæ &
inſtrumenta tabellionum ſola per ſe citra no-
vum teſtium adminiculum vim probandæ ul-
timæ voluntatis habent: nec tamen quod ita
factum eſt, ideò mox deſinit eſſe teſtamentum
nuncupativum, cùm ſolius probationis gratia
ſcriptura interveniat, non quòd ſit de ſubſtan-
tia teſtamenti: quamquam non negaverim, ha-
bere hoc genus teſtamenti nonnihil, quod na-
turam ſcripti teſtamenti ſapiat. De quo vide
*Stiehard. in leg. hac conſultiſſima, §. per nuncupa-
tionem, num. 2. Cod. hoc tit.* In his regionibus et- 4
ſi nemo vetatur antiquo more ac ritu Roma-
norum teſtamentum condere, duobus tamen
potiſſimùm modis teſtamenta confici ſolent;
uno coram duobus decurionibus ſive ſcabinis
& ſecretario loci, in quo teſtamentum fit, ſi-
ve in agro ſive in oppido, quæ forma teſtandi
reſpondet publicationi teſtamentorum apud a-
cta judicum vel municipum, *leg. omnium 19.
C. hoc tit.* altero coram notario & duobus teſti-
bus. Qui modus ferè ſolus eſt in uſu vulgi, *Gude-
lin. de jur. nov. lib. 2. cap. 5. Grot. lib. 2. introd. c. 17.*
Exhæredatio liberorum hoc ampliùs requirit, ut
teſtes ſint ſcabini: quod arguit formula jura-
menti à notariis ingreſſu muneris præſtandi:
cautum edicto quodam Caroli V. *Groenew. de ll.
abr. hic.* Notarius teſtatorem noſſe debet: ſin
minùs, ipſi teſtes, quos id quoq; teſtificari opor-
tet. Voluntas voce nuncupata à Notario ſcripto
comprehendi ſolet, & in protocollum referri:
unde poſteà petenti teſtari ſolemne inſtrumen-
tum conficiatur. Quin uſu etiam receptum eſt, ut
Notarius receptam in ſcheda voluntatem teſta-
toris ipſe recitet ac teſtibus prælegat, deinde teſ-
tatorem interroget, an omnia benè perceperit,
ita velit, ita jubeat, eamque ſupremam ſuam eſſe
voluntatem agnoſcat: atque approbante teſtato-
re, teſtamentum perfectum cenſetur, etiamſi ne-
que teſtatoris neque teſtium ſubſcriptiones aut
ſignacula habeat. *Groenew. d. loc. D. Iac. Coren.
obſ.* 10. In quo longè receſſum eſt ab antiqua ra-
tione teſtandi per nuncupationem, quæ pro for-
ma requirebat, ut ipſe teſtator ſingula pronuntia-
ret, nuncuparetque ſua voce omnia, quæ poſt
mortem ſuam fieri vellet. Quod ſanè eo diligen-
tiùs obſervandum erat, quia ad perfectionem hu-
jus teſtamenti nihil ampliùs jus civile deſidera-
bat. Nunc autem admiſſa prælectione aliena fa-
cilè teſtatori imponi poteſt. Quid enim ſi Nota-
rius aliquid addiderit de ſuo, quod teſtator præ-
ſertim ægrotus non animadvertat? Hæc etiam 5
vulgò nota ſunt. Quæſitum eſt, an teſtamentum
juxta alicujus loci conſuetudinem aut ſtatutum
factum etiam vim habeat extra illum locum:
exempli gratia, teſtator ibi teſtamentum fecit,
ubi coram duobus teſtibus & Notario teſtari li-
cet, ut in hac noſtra Batavia; quæritur, an valeat
etiam in iis locis, ubi ſeptem teſtes requiruntur,
uti in Friſia, ubi ſequuntur jus civile. Affirmant
comm. DD. in *l. 1. C. de ſum. Trin. Vir. 1. opin. 36.*
Coraſ.

Coraſ. de jur. art. p. 3. cap. 13. Covar. 2. de ſponſ. §. 7. num. 8. Coſtal. ad leg. 6. de evict. Anton. Perez in C. de teſtam. num. 11. & ſecundùm hanc ſententiam ſæpiſſimè judicatum. *Guid. Pap. deciſ. 262. Teſſaur. 2. quæſt. for. 8. Mynſ. 5. obſ. 19. & 24. Gail. 2. obſ. 123. Io. à Sande lib. 4. tit. 1. defin.* 14. Sunt tamen, qui in contrarium eant, & in quæſtione propoſita ſic diſtinguendum arbitrentur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda ſit communis interp. ſententia: at circa res ſoli ſpectandum jus ejus loci, in quo ſitæ ſunt. Quippè res mobiles, quoniam ubicumque ſunt, ibi ſint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri poſſint, perſonam ſequi, non leges locorum: immobilia verò, utpotè quorum certus perpetuuſque ſitus eſt, regi ſecundùm conſtitutiones loci cujuſque poſſeſſionis, *per leg. 4. Cod. de jur. fiſc. l. ult. de juriſd.* ita conſtanter *Manſuer. in ſua prax. tit. de ſucceſ. Buſ. ad leg. 6. de evict. Nic. Burg. ad conſuet. Flandr. tr. 6. Chriſtin. volum. 2. deciſ. 3. 4. & 5. & vol. 4. deciſ. 5. &* 10. Mihi prior ſententia probabilior videtur, multumque referre, utrùm ſtatutum diſponat circa ſolemnitatem alicujus actus, an circa rem, puta fundum locumve, Quæ ſtatuta in rem concipiuntur. Qualia ſunt, quæ de ſucceſſione ab inteſtato diſponunt, rem ipſam haud dubiè afficiunt, ut ubicumque ſit, ejus loci, ubi eſt, legibus obſtringatur. Idemque habendum de ſtatutis, quæ circa habilitatem perſonarum diſpenſando aliquid diſponunt. *Gail. dict. lib. obſer. 124. & alii, ubi ſup. Coraſ. dict. par. 3. cap. 14. Gomez, ad l. 3. Tauri num.* 20. Quæ autem ſtatuta diſponunt circa actus ſolemnitatem dumtaxat, cùm neque rem afficiant, neque perſonam actum celebrantis, ſed ipſam ſolummodò diſpoſitionem, quæ fit in loco ſtatuti vel conſuetudinis, rationi & juri conſentaneum eſt, ut ea vim ſuam exerant etiam ad bona alibi ſita; quoniam actuum ſolemnia ad eorum ſpectant juriſdictionem, in quorum territorio celebrantur, *per l. 6. de evict. l. 3. in fin. de teſtibus, l. 2. C. quemad. teſt. ap. facis, l. 9. & ult. Cod. hoc tit.* & aliàs contra rationem juris teſtato decedere volenti plura teſtamenta eſſent condenda, aut, quod abſurdum eſt, plurium locorum conſuetudines in uno teſtamento exquirere oporteret, actumque unum atque individuum, qualis eſt teſtamenti, ſecundùm diverſa loca dijudicari. *Peck. de teſt. conjug. lib. 4. c. 28. in fin. D. Ioan. à Sande dict. de fin.* 14. ubi contraria ſcitè expedit, & prudenter temperat novam quamdam diſtinctionem Fachinæi. Adde, quæ nos *lib. 2. ſelect. quæſt. cap.* 19. Planè ſi lex expreſsè teſtatores ſequi jubeat jus loci, in quo bona ſita ſunt, aliud dicendum eſt. Talis eſt conſtitutio Principum Brabantiæ emiſſa anno 1611. cujus meminerunt *Burgund. Chriſtin. Tuld. C. hoc tit. & Perezius dd. loc.*

T I T U L U S XI.
DE MILITARI TESTAMENTO.

Dig. Lib. 29. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 21.

Ratio ordinis. Militare teſtamentum quid hic ſignificet.

DIximus ſub rubrica præcedentis tituli, duo eſſe teſtamentorum genera. Unum commune omnium civium, quod paganicum dicitur; alterum militum proprium, quod ideò appellatur militare. Hactenus quæ tradita ſunt de ordinandis teſtamentis, ea ſolùm pertinent ad teſtamenta paganorum: militaria, de quibus porrò nunc agitur, legibus iſtis ſoluta ſunt. Militaria autem teſtamenta hic non accipimus omnia, quæ facta ſunt à militantibus, id eſt, iis, qui in numeros relati ſacramento tenentur; ſed quæ facta ſunt jure militari. Poſſunt enim & milites jure communi teſtari, *l. 3. hoc tit.* imò debent, cum extra caſtra verſantur: ſed cum in expeditionibus occupati ſunt, proprio jure & privilegiario teſtandi facultatem habent, neglectis legibus omnibus, quæ ad ſolemnitatem condendorum teſtamentorum pertinent. Itaque teſtamentum militis ſive militare in cauſa propoſita id ſolùm intelligitur, quod à milite factum eſt in expeditione jure militum proprio.

T E X T U S.

De militum teſtamentis ſolemnitates remiſſæ.

Supradicta diligens obſervatio in ordinandis teſtamentis, militibus propter nimiā imperitiam eorum conſtitutionibus Principalibus remiſſa eſt. Nam quamvis ii neque legitimum numerum teſtium adhibuerint, neque aliam teſtamentorum ſolemnitatem obſervaverint, rectè nihilominus teſtantur, videlicet cum in expeditionibus occupati ſunt. Quod meritò noſtra conſtitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus ſuprema inveniatur, ſive ſcripta, ſive ſine ſcriptura: valet teſtamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, quæ circa expeditionum neceſſitatem in aliis locis, vel ſuis ædibus degunt, minimè ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed teſtari quidem,

etſi

Digitized by Google

etſi filii familiarum ſint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi, eadem obſervatione & in eorum teſtamentis adhibenda, quam in teſtamentis paganorum proximè expoſuimus.

NOTÆ

Propter imperitiam] *l. 1. D. hoc tit. l. 3. C. eod.* arma enim magis, quàm jura, noſſe creduntur, *l. 22. Cod. de jur. del.* Tacit. *in vit. Agric.* Cæterum hæc non eſt principalis hujus privilegii cauſa, ſed potiùs laborum & periculorum functio, cum in caſtris & expeditionibus ſunt, *l. un. de bon. poſſ. ex teſt. mil. & hoc text.*

Conſtitutionibus] *v. l. 1. D. hoc tit. & infr. titul. ſeq. in pr.*

Neque aliam ſolemnitatem] Quæcumque ſubtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, ea omnia militibus remiſſa ſunt, *d. l. 1.* & paſſim *D. & C. hoc tit.* Duar. *c. 4. ad hoc tit.*

Noſtra conſtitutio] *l. pen. Cod. hoc titul.* Id tamen & antea obtinuiſſe videtur, *leg. 1. leg. 15. Cod. eod.*

Quoquo modo] Sive in clypeo, ſive vagina, ſive in pulvere, [illegible] *l. 15. C. eod.* Synopſ. Attal. *tit. 34.*

Suis ædibus] In nonnullis eſt *ſedibus*, teſtibus Vigl. & Gliphan. & ita Cont. Vveſ. Fabrot. Sedes militum ex adverſo opponuntur expeditioni. Veget. *l. 3. cap. 4. & ult.* Th. ικίτιον, id eſt, ut Schol. §. 3. *infr. verſic. eam*, in ſtativis aut hybernis. Sedeta ſunt ſtationes, *l. 18. C. de Epiſc. aud.* loca, ubi milites otioſè commorantur. Lapſus hic eſt Cujac. *& conſult. 49.*

Propter militiam] *tit.* proximè *ſeq.* Significat filiosfamilia militantes idem jus habere, quod patresfamilia ſtipendia item merentes, ut in expeditionibus jure militari; aliàs jure communi de peculio caſtrenſi teſtari poſſint.

COMMENTARIUS.

1. *Imperitiam militum non eſſe cauſam principalem privilegii militaris, ſed periculorum functionem.*
2. *Militibus remiſſa omnia, quæcumque ſubtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, ſive ea ad conſtitutionem teſtamenti pertineant, ſive ad infirmationem.*
3. *In hybernis aut præſidiis locatos jure privilegiario teſtandi poteſtatem non habere, & num. 5.*
4. *Vaginam, clypeum, pulverem militi chartæ loco eſſe: poſſe enſem pro calamo, ſanguinem pro atramento, &c.*
6. *Etiam filiosfam. milites jure militari in caſtris teſtandi licentiam habere.*

PRopter imperitiam eorum] Cauſa beneficii. Cujuſmodi etiam cauſalis inſerta eſt eo capite, quod extat in *l. 1. hoc tit.* & reſcripto Antonini, *l. 3. C. eod.* quibus locis hoc beneficium conceſſum traditur propter eorum ſimplicitatem: hoc enim eſt, propter imperitiam. Nam cùm ſimplicitati ut plurimùm adjuncta ſit rerum imperitia: imò verò cùm ex imperitia naſcatur ſimplicitas: hinc factum, ut ſimplicitas Latinis interdictum ſignificet imperitiam. Ut in illo Naſonis:

Fallere credentem non eſt operoſa puellam
Gloria, ſimplicitas digna favore fuit.

Idem quoque ſignificatur in *l. ult. in pr. Cod. de jur. de lib.* cum milites dicuntur arma magis, quàm jura ſcire. Atque huc accommodari aliquo modo poteſt, quod Tacitus ſcribit *in vita Agricol. Caſtrenſis juriſdictio obtuſior eſt, ac plura manu agens, callidıtatem fori non exercet.* At enim verò non 1
hæc ratio adæquata, neque ſimplicitas militaris aut ſola eſt hujus privilegii cauſa, aut principalis. Non ſola: alioqui enim & fœminis & ruſticanis idem privilegium concedi oportuiſſet, & militibus concedi ſine exceptione temporis aut loci; & cùm procul dubio multi etiam legum & juris periti ſtipendia fecerint, hos excipi. Non principalis; quia extra caſtra & tempus expeditionis privilegio uti non poſſunt. Principalis verò cauſa eſt, quam Ulpian. expreſſit *l. un. de bon. poſſ. ex teſt. mil.* laborum & periculorum functio cum in expeditionibus & caſtris ſunt; quo tépore armorum cogitatio, pericula imminentia, & ſeſe continendi neceſſitas, omnem aliam de jure cogitationem adimit. Et ideò nec militibus alio loco aut tempore ſuo jure teſtari licet, & aliis quibuſvis, quamvis non mereant, ut hujuſmodi periculis & hoſtico, aut procinctu deprehenſis, ſi ibi decedant, jure militari, quoquo modo velint quoquo modo poſſint, teſtari permiſſum, *d. l. un. l. ult. hoc tit.*

Conſtitutionibus Principalibus] Primus Julius Cæſar, ut auctor eſt Ulpian. *leg. 1. hoc tit.* liberam militibus teſtamenti factionem conceſſit, cæterum eam conceſſionem ait fuiſſe temporalem: poſtea verò primùm Titum, & poſt hunc Domitianum eamdem libertatem iterum dediſſe; ac demum pleniſſimam indulgentiam in milites collatam à Nerva, & qui eum ſecutus eſt, Trajano: exinde hoc perpetuo privilegio milites uſos, ut quoquo modo teſtati eſſent, rata eſſet eorum voluntas.

Neque aliam teſtamentorum ſolemnitatem obſervaverint] Puta in continuatione actus, in rogatione, ſubſcriptione & ſignatione teſtium. Itaque quamvis uno contextu actus teſtati non ſint, quamvis teſtes adhibiti rogati non fuerint, quamvis per ſcripturam teſtantes non curaverint tabulas ſubſcribi aut ſignari; nihilominus tamen rectè teſtati intelliguntur: placetque, nudam voluntatem militum non minùs pro teſtamento ſervari, quàm aliorum ſolemnem diſpoſitionem, *l. 1. & paſſim hoc tit. & C. eod.* Porrò autem non 2
in eo dumtaxat conſiſtit privilegium militum, quòd teſtamenta eorum non ſint adſtricta legibus, quæ ad externas illas ſolemnitates, numerum, rogationem, ſubſcriptionem, obſignationem teſtium.

teſtium pertinent: ſed in cæteris etiam partibus, ſive illæ ad conſtitutionem teſtamentorum pertineant, ſive ad infirmationem. Quæcumque ſubtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, ea omnia militibus remiſſa ſunt: ut in univerſum rectè definit Duar. *c.4. ad hunc tit.* Proinde etſi miles liberos, quos in poteſtate habet, ſciens præterierit, *l. ſicus 9. & ſeq. C. hoc tit.* ſive hæredem ex die aut ad diem inſtituerit, ſive aliàs pro parte teſtato, pro parte inteſtato deceſſerit: *l.6. l. in fraudem 14. §. ſimiles 4. l. ſi duobus 37. l. miles 41. eod. l.8. C. eod.* ſive eum, qui cum teſtamenti factio non eſt, hæredem fecerit, *l. idem 13. §.2. eod.* ſive filio emancipato aut cuicumque extraneo in ſecundum caſum directò ſubſtituerit, *l. 5. d. l. miles 41. §.4. eod.* ſive hæreditatem codicillis directò dederit, *l. militis 36. eod.* ſive ſolis liberis, non etiam ſibi teſtamentum fecerit, *d. l. in fraudem, §. pen. d. l. miles, §. ult.* nihilominus rectè teſtatur, & voluntas ejus, prout jacet, cuſtoditur. Lege Falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, militibus licet, *l. ſi certarum 17. in fin. hoc tit. l. 12. C. eod. l. 7. Cod. ad leg. Falc.* Jure communi numquam per ſe nuda voluntas teſtatoris ad infirmandum teſtamentum valet, invito eo multis modis infirmatur, *infr. quib. mod. teſt. infr.* Ex contrario ſola militis voluntas ad infirmandum ſufficit, *d. l. in fraudem §.1.* invito autem eo, extra caſum maximæ aut mediæ capitis deminutionis *l.6. §. ſed ſi quis 6. & ſeqq. de injuſt. rupt. teſt.* teſtamentum ejus non infirmatur. Non agnatione aut quaſi agnatione ſui hæredis, *l 7. & ſeq. hoc tit.* (quod tamen temperabis ex *l.9. & de l. militis 36. §. 2. eod.*) non ipſius adoptione aut adrogatione, *l. miles 22. & ſeq. eod. §. pen. inf. eod.* non alio denique teſtamento poſtea facto, ſi modò prius valere voluerit, *l. quærebatur 19. eod.* Hæc ſumma eſt, quædam diligentiùs excutientur inferiùs.

In expeditionibus] Expeditio dicta, quòd milites ſint expediti ad confligendum cum hoſte quandocumque caſus ingruat. Itaque expeditio non eſt conflictus ipſe, neque etiam tempus belli: ſed totum illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut ſunt adversùs hoſtem, ſive eum perſequantur, ſive eum imminentem expectent, intenti ad opportunitatem rei gerendæ, vel ut invadant, vel ut invadentem ſuſtineant ac propulſent. Caſſiodorus *1. var. 17. Hanc meritò expeditionem nominavere majores, quia mens devota præliis, non debet aliis cogitationibus occupari.* Præſidia, hybernia, cæteraque loca, in quibus militem extra caſtra commorari neceſſe eſt, ſedes appellantur, *Veget. l.3. de re mil. cap.4. & ult.* Salluſt. *in Iugurth. Milites menſe Ianuario ex hybernis in expeditionem evocat.*

Quod meritò noſtra conſtitutio introduxit] *l. pen.*
3 *C. hoc tit.* An igitur ante hanc conſtitutionem Juſtiniani, quamdiu milites in numeris manebant, quocumque loco & tempore jure proprio teſtari potuerunt? Id quidem Viglius affirmat: ſed ego ambigo. Nam & ita *l.2. C. hoc tit.* quæ Antonini eſt, & in *l. milites 15. C. eod.* quæ eſt Conſtantini, expeditionis expreſſa fit mentio, & ratio privilegii, periculorum functio, quam affert Ulp. *l. un. de bon. poſſ. ex teſt. mil.* ceſſat, cum in caſtris & expeditione non ſunt. Putarem tamen, olim milites, qui in provinciis habebantur, jure militari illic teſtari potuiſſe, quaſi in expeditione. In exceptionibus quoque declinandis & petendis in integrum reſtitutionibus ea tantummodò tempora militibus prodeſſe Juſtinianus voluit, quæ in expeditione currunt, *l. ult. C. de teſt. mil. l. ult. C. quib. non obij. long. temp. præſcr.*

Quoquo enim modo voluntas ejus, ſive ſcripta, ſive non ſcripta] Et ſcripta quidem valebit etiam
nullis teſtibus adhibitis: nuncupata duobus pro- 4
bari poterit. Quinimò militi jam in hoſtem pugnaturo vagina, clypeus, pulvis, humus, chartæ vel tabularum loco eſſe poſſunt, & notæ pro litteris, *l. Lucius 40. hoc tit.* ſanguis pro atramento, enſis pro ſtylo, penna, aut calamo, *l. milites, 1. C. eod.* Cæterum hoc caſu crediderim alio quoque opus eſſe teſtimonio, ut de eo conſtare poſſit, cum vix fit, ut ex hujuſmodi ſcriptura manus alicujus agnoſci queat, aut per comparationem literarum probari. Etſi enim voluntas militis quomodòcumque declarata rata eſt, ea tamen legitimis probationibus oſtendi debet, *d. l. Lucius*, quod & Jo. Faber notat.

Vel ſuis ædibus] Ita etiam legitur in utraque modò allegata conſtitutione, *& l. ult. C. de poſtl. rev.* in Baſilicis, teſte Cujacio, ἐν τοῖς ἰδίοις οἴκοις. Theophilus pro eo habet, ἐν τοῖς λεγομένοις αὐτοῖς σέδιτοις. Σέδιτα autem eſſe Hotomannus ſcribit, quæ Latini *ſtativa* appellant. Ant. Auguſtinus *in leg. 18. Cod. de Epiſc. aud.* vertit *ſtationes*. Suidas *foſſata* eſſe tradit. Et ita σέδιτον apud Ruffum de legib. militar. pro φοσσάτου. Ego exiſtimo, Theophilum intelligere loca omnia, in quibus milites commorandi potiùs, quàm pugnandi cauſa habentur, puta hybernacula, aut ubi in præſidiis ſunt, ἔνθα σίδγουν αὐτοὺς ἀνάγκη, (ſic enim ipſe interpretatur) donec expeditio aliqua ſuſpiciatur. Sedes militum dicuntur, & ex adverſo opponuntur expeditioni. Veget. *lib.3. cap.4. Ita exercitati & eruditi in ſedibus milites, cùm ad expeditionem ex diverſis convenerint locis, &c.* Idem *eod. lib. cap. ult. Milites pœna & timor in ſedibus corrigunt, in expeditionibus ſpes & præmia faciunt meliores.* Atque hoc etiam loco non *ædibus*, ſed *ſedibus* Contius & Wveſembecius legunt: quomodò nonnullos etiam codices habere Viglius & Giphanius teſtantur. Puto autem, falſum eſſe Cujacium, qui ex facto conſultus *conſult. 49.* reſpon-
dit, milites etiam in hybernis & præſidiis locatos 5
ibidem jure privilegii ſui teſtari poſſe. Nam qui ſunt in hybernis aut præſidiis, neutiquam dici poſſunt eſſe in expeditione aut caſtris, quod tamen expreſſè requiritur & hoc loco & §. *ſed hactenus 3. inf. eod.* Ceſſante autem cauſa privilegii & ipſum ceſſat privilegium, *per vulgat.*

Et ſi filiifam. ſint, &c. jure tamen communi] Ex his verbis Porxius colligit, filiosfam. jure militari

teſtati non poſſe, quo nomine meritò reprehen-
6 ditur à Viglio. Locus planus eſt & apertus. Reſtrinxerat ante privilegium militibus datum ad ea tempora, quibus occupati ſunt in expeditionibus: ne quis verò ex eo putaret, milites & maximè filiosfam. alio tempore non poſſe teſtari ullo modo, ſubjicit, poſſe quidem etiam milites extra caſtra & expeditionum occupationes teſtari, & poſſe etiam filiosfam. de quibus ſolis, cùm à privilegio militari receſſeris, juſtè dubitari poterat; ſed non aliter omnes & filiosfam. de caſtrenſi peculio tunc poſſe, quàm jure communi omnium civium Romanorum. Non igitur negat Imperator, filiosfam. milites in expeditione occupatos jure militari teſtari poſſe; ſed ait, eos etiam cum in expeditione non ſunt teſtari poſſe: verùm tunc non aliter, quàm jure communi, ſignificans, eos idem jus utrobique habere, quod patresfam. ſtipendia merentes habent. Ex præcedentibus autem apparet, quàm inepti ſint, qui militibus ordinum quorumdam, veluti Teutonicis, Rhodiis, aut Maltenſibus, privilegium jure militari teſtandi aſſerunt; quaſi nulla in hac cauſa ratio habita ſit nudæ dignitatis aut militiæ honorariæ. vid. *Duar. in hunc tit. c. 3.*

Paganorum] Pagani propriè dicti ruſtici, villani, κωμῆται, ſeu vicani. Hic autem & paſſim in libris noſtris opponuntur militibus, eoque nomine ſignificantur omnes ἀστράτευτοι. Peculium paganum & caſtrenſe, in paganico & in caſtris, ἀντικείμενα. A ſcriptoribus Eccleſiaſticis, & in conſtitutionibus Imp. Chriſtianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credibile eſt, inde nata, quòd cùm urbes fere omnes ſub Conſtantino fidem Chriſtianam amplexæ eſſent, tamen adhuc diu poſt in agris & pagis hæſit religio gentilis, & reliquiæ ethniciſmi.

TEXTUS.

Reſcriptum D. Trajani.

1. *Planè de teſtamentis militum divus Trajanus Catilio Severo ita reſcripſit.* Id privilegium, quod militantibus datum eſt, ut quoquo modo facta ab his teſtamenta rata ſint, ſic intelligi debet, utique priùs conſtare debeat, teſtamentum factum eſſe quod & ſine ſcriptura, & à non militantibus quoque fieri poteſt. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem ſuam teſtaretur, ita loquutus eſt, ut declararet quem vellet ſibi hæredem eſſe, cui libertatem tribueret; poteſt videri ſine ſcripto hoc modo eſſe teſtatus, & voluntas ejus rata habenda eſt. Cæterum ſi (ut plerumque ſermonibus fieri ſolet) dixit alicui; Ego te hæredem facio. Aut, Bona mea tibi relinquo, non oportet hoc pro teſtamento obſervari. Nec ullorum magis intereſt, quàm ipſorum, quibus id privilegium datum eſt, ejuſmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter poſt mortem alicujus militis teſtes exiſterent, qui affirmarent, ſe audiſſe dicentem aliquem, relinquere ſe bona, cui viſum ſit, & per hoc vera judicia ſubverterentur.

NOTÆ.

1. *Et à non militantibus*] Ita quoque *in d. l. 24.* Fabrotus mavult, *ut à non militantibus quoque*, quomodò legiſſe videtur vetus inſtit. interpres Gallicus, qui eſt in Biblioth. Reg. verba citat Fabrot. quod valdè placet. Ut autem à non militantibus jure communi, ita à militantibus jure etiam privilegiario.

Convocatis hominibus] Saltem duobus, per *l. 12. D. de teſtib.* etiam ſine ſolemni illa rogatione aut præmonitione, quæ jure communi neceſſaria, *l. 21. §. pen. hoc tit.* nam utique etiam ſine ea conſtare poteſt de voluntate militis, quod ſolùm requiritur. Et ideò ſcripta militis voluntas etiam nullis teſtibus adhibitis rata eſt, per *l. 1. in fin. pr. l. 15. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *In ſcripto militis teſtamento teſtibus opus non eſſe, in nuncupativo contra.*

2 *Quos teſtes à milite per nuncupationem teſtante adhibendi.*

3 *An rogatio teſtium teſtamento militari neceſſaria ſit.*

D*Ivus Trajanus ita reſcripſit*] Recitatur hoc idem reſcriptum à Florentino in *leg. Divus 24. hoc tit.* Sententia reſcripti hæc eſt; voluntatem militis qualemcumque, etiam eam quam ſine ſcripto protulit, pro teſtamento obſervari; cæterum priùs eſſe, ut conſtet appareatque, ſeriò atque animo teſtamenti faciendi militem verba pronuntiaſſe. Hoc ut doceatur, ipſorum militum maximè intereſſe, ne vera & ſeria eorum judicia ſubvertantur.

Et à non militantibus quoque] Giphanius legendum putat dempta negatione, *à militantibus*, quia, ut ait, alienum ſit hic agere de non militantibus. Sed ratio iſta tanti non eſt, ut propterea à conſentiente omnium Codicum lectione, quæ & Pandectarum Florentinorum auctoritate confirmatur, recedendum ſit. Non militantium autem ideò mentio fit, ut ex eo, quod his conceſſum eſt, arguatur quod militantibus licere debeat. Argumentum à pari eſt; *ſi licet non militantibus ſine ſcriptura teſtari*, intellige ſecundùm ſolemnitatem, quæ jure communi in teſtamento non ſcripto requiritur, *etiam militantibus licere debet eodem modo teſtari*, ſcilicet

citra

Digitized by Google

1 citra ſolemnitatem. Nam ut ex verbis reſcripti patet, conſultus fuit Trajanus de teſtamento militis, quod hæredes ab inteſtato eo prætextu impugnabant, quòd id ſine ſcriptura factum eſſet. Atque ita quoque Theophilus, quem falsò Giphanius aliter legiſſe exiſtimat. Fabrotus in *not. ad Theoph.* mavult legi, *ut à non militantibus quoque*. Quod valdè placet,

Convocatis ad hoc hominibus] Ex his conſtitutionis verbis triplex orta controverſia eſt; una de neceſſitate adhibendorum teſtium in teſtamento militis; altera de numero; tertia de eorum rogatione. De prima aſſentior Viglio, Cujacio, Hotom. Bachov. ſcilicet intereſſe, utrùm miles per nuncupationem & ſine ſcriptura teſtetur, an per ſcripturam: in nuncupatione omnino teſtibus opus eſſe; quod etiam hic locus expreſsè exigit, & quomodò alioqui de voluntate militis voce prolata conſtare poterit? In ſcripto autem teſtamento etſi nulli teſtes à milite adhibiti ſint, ratam tamen eſſe militis voluntatem, utpote de qua per ſcripturam & manum ipſius teſtatoris, quæ legitima probatio eſt, conſtare poteſt. Nihil autem ampliùs exigitur, quàm ut de volun-
2 tate militis quocumque modo teſtata conſtet. De numero teſtium adhibendo à milite per nuncupationem teſtante ſic ſentio; neque unum teſtem, *quod putas Theophilus*, ſufficere, neque plures exigi, quàm duos. Illud, quia conſtitutio plurali numero utitur, neque unius teſtimonium legitimum eſt, quale tamen omnimodò requiritur, *l. Lucius 40. hoc tit.* Hoc, quia pluralis elocutio duorum numero contenta eſt, *l. 12. de teſtib.* Atque ex ratione juris gentium, quod ſolùm in teſtamentis militum conſideratur, ad probationem
3 alicujus actus duorum teſtimonium ſufficit. De rogatione teſtium, quod tertium erat, eam non exiſtimo in militari teſtamento eſſe neceſſariam. Primum, quia rogatio illa eſt pura ſolemnitas, in militaribus autem teſtamentis ſolemnitates omnes remiſſæ; deinde quia hæc omnium ſolemnitatum ſcrupuloſiſſima eſt & ſubtiliſſima, longiſſimèque recedit à ſimplici ratione juris gentium, quæ ſola regula eſt militarium teſtamentorum. Denique contraria ſunt, dicere, nudam & ſimplicem voluntatem ſufficere, & deſiderari rogationem. Quamobrem non dubito, quin falſum ſit, quod Hotomannus poſt Jo. de Platea & Angelum ſcribit, ne militem quidem ſine certa teſtium advocatione monitorum, ut ei actioni operam dent, teſtamentum conficere poſſe. Nihil certè Hotomannum juvant verba hujus tex. *convocatis ad hoc hominibus*. Quippe quæ hic non diſpoſitivè, ſed narrativè tantùm ponuntur, atq; ut exemplo aliquo declaretur, quomodò de militis voluntate, ſine ſcriptura teſtari, certo conſtare poſſit. De eo enim præcipuè hic agitur, atque hoc tantùm cavetur, ne quilibet militis ſermo temerè pro vero ejus judicio capiatur, cùm ſæpè ſoleant homines præſertim merito alicujus provocati jactare & dicis cauſa aliquid proferre, ac civiliter magis quàm ex animo loqui. At ubi certo ex circumſtantiis liquet, ſerium eſſe quod miles prolocutus eſt, & profectum ab animo teſtamentum condere volentis, voluntas ejus etiam ex hac ipſa conſtitutione ſervanda eſt. Atque ut certiùs de eo conſtare poſſe concedamus, ſi teſtes ad hoc ſpecialiter ſint convocati, aut cum alterius rei cauſa conveniſſent præmoniti, cui rei eos adhiberi placeret, conſtare tamen etiam poteſt ſine formali iſta ſive rogatione ſive præmonitione. Quid enim ſi miles, fortè poſtridie in aciem educendus, in tentorio præſentibus aliquot commilitonibus ſuis dixerit; *Ego Titium hæredem facio, ejuſque rei vos mihi teſtes eſſe volo?* Certè hic præter teſtium fidem nihil requiritur, aut requiri ex ratione juris gentium poteſt. Poſtremò ſi paganis rogandi teſtes neceſſitas in codicillis remiſſa eſt, *l. ult. in fin. C. de codicill.* quantò minùs in teſtamento militis ea requirenda, quod iis ipſis etiam legibus, quibus codicillos conſtitutio civilis adſtringit, ſolutum eſt?

Plerumque ſermonibus fieri ſolet] Puta in conviviis, circulis, ac congreſſionibus familiarium ubi nonnunquam leviter quædam effundimus, & jactamus magis, quàm ſeriò agimus aut loquimur. Et malè ergo hinc colligit Hotomannus, ut ratum ſit & pro teſtamento ſervandum, quod miles nuncupavit, non tam pendere ex militis voluntate, quantumvis ſeriò teſtibus expoſita, quàm ex convocatione teſtium & teſtimonii denuntiatione: cùm hoc tantùm hinc rectè colligatur, non quemvis ſermonem militis quocumque loco coram quibuſvis prolatum pro teſtamento continuo habendum eſſe; ſed inſpiciendas eſſe circumſtantias, nec aliter, quàm ſi ex his appareat animum condendi teſtamenti militem habuiſſe, ratum eſſe oportere, quod pronuntiaverit. Atqui de eo etiam conſtare poterit ſine teſtimonii enuntiatione. Et qui de præſentia ſua falsò deponunt, eadem opera ſe vocatos & rogatos eſſe mentiuntur.

Vera judicia ſubverterentur] Quamobrem meritò notatur Domitianus, quòd alieniſſimas hæreditates confiſcabat, vel uno exiſtente, qui diceret audiſſe ſe ex defuncto cùm viveret, hæredem ſibi eſſe Cæſarem. *Sveton. in Domitiano, cap. 12.* Boni Principes ex jactatione aut nuda alicujus voce hæreditatem numquam admiſerunt, *l. ult. qui teſt. fac. l. pen. de hær. inſt. l. res quæ 22. §. 4. de jur. fiſc. §. ult. inſ. quib. mod. teſt. inf.*

Textus.

De ſurdo, & muto.

2. *Quinimò & mutus & ſurdus miles teſtamentum facere poteſt.*

Notæ.

2. *Mutus & ſurdus*] Ante cauſariam miſſionem in numeris manens, *l. 4. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Natura ſurdos & mutos in militiam legi non poſſe.*

2 *Quem natura voce & auditu privavit, eidem denegaſſe & facultatem teſtandi.*

3 *Eos quoque qui caſu aliquo muti & ſurdi facti ſunt, ſuprema condere non poſſe, niſi ſcribere ſciant.*

4 *Notatur oſcitantia compoſitorum.*

HIc §. malè à veteribus interpretibus, Jo. Fabro: Portio, Aretino, acceptus eſt de eo milite, qui natura ſurdus & mutus eſt. Nimirum cùm paganis mutis & ſurdis, quibus non naturalis calamitas, ſed morbus ſuperveniens vocem abſtulit, aureſque concluſit, permiſſum ſit teſtari, modò ii, quibus hoc accidit, ſcribere ſciat, *l. diſcretis* 10. *C. qui teſt. fac.* putaverunt illi, hic militibus aliquid jure ſingulari concedi, quod jure communi cæteris denegatum eſt: videlicet poſſe milites etiam mutos & ſurdos natos ex privilegio teſtari, ut voluntatem ſuam per ſigna oſtendant; cujuſmodi ſigna ajunt intelligi & explicari poſſe ab iis, qui cum muto & ſurdo familiariter vixe-
1 runt. Sed primùm benè à Viglio cæteriſque melioris ævi interpretibus obſervatum eſt, natura mutum & ſurdum in numeros recipi aut in militiam legi non poſſe; utpote qui nec ſacramentum præſtare, nec imperium ducis aut ſigna audire, teſſeramve accipere & reddere queat. ejuſque rei etiam argumentum eſt, quòd milites, qui in hanc calamitatem inciderunt, ob eam cauſam, ut bello inutiles, dimitti ſolent, *l. 4. hoc tit.* ἀποχὴν γδ, inquit Theophilus, τοὺς τοιούτους στρατεύεσθαι. Deinde non minùs abſurdum eſt, quod pu-
2 tant, eum, quem utraque illa facultate natura orbavit, teſtamentum facere poſſe: nam de ſignis quod aſſerunt, commentum eſt. Quæſo enim, quibus ſignis is, cui nec audire nec loqui à natura datum eſt, ſententiam ſuam de eo, quod poſt mortem fieri velit, alteri explicare poſſit, qui, ut ipſe Faber fatetur, ignorat quid ſit teſtamentum? Ac proindè etiam [illegible] hoc Fabro videtur, nobis autem ἀδύνατον; cùm, quod natura negavit, beneficio Principis concedi non poſſit. Quod cùm probè animadverteret Jaſon in *add. ad Porc.* locum hunc repudiato exemplo communi accipiendum credidit de iis militibus, qui ex accidenti, accepto puta vulnere, aut morbo aliquo in caſtris affecti facultatem loquendi &
3 audiendi amiſerunt. Et quia paganis etiam caſu aliquo mutis & ſurdis factis, ſi litteras ſciant, teſtari conceſſum eſt, *dict. leg. diſcretis, Cod. qui teſt. fac.* privilegium militum illo vitio affectorum in eo conſiſtere putat, quòd iis, etiamſi ſcribere neſciant, teſtari liceat, & hæredem per notas aut ſigna demonſtrare, quod etiam Cantiunculæ placere video. Verùm enimverò qui litteris non poteſt, quibus ille notis certam dabit (hoc enim omnino neceſſarium eſt ex conſtitutione Trajani) voluntatis ſuæ ſupremæ ſignificationem? Signis verò teſtari quemquam mortalium poſſe, uti nuſquam traditum eſt, ita nec admittendum ut poſſit. Nam cùm nulla ſigna idonea ſint ad voluntatem ultimam alteri certò ſignificandam, in re tanti momenti fides habenda eſſet divinationi quorumdam ineptorum hominum, pro arbitrio ſuo hujuſmodi ſigna temerè interpretantium. Putaverunt igitur alii, nullum hic novum privilegium proponi, ſed idem illud, de quo ſupra dictum, tantùm porrigi ad eos milites, qui muti & ſurdi facti ſunt, ut nimirum his etiam liceat ante cauſariam miſſionem in numeris manentibus jure militari teſtamentum facere, contemptis ſolemnitatibus juris communis, *d. leg. 4. hoc titul.* ne quis fortè putaret, defectum ſenſus ac loquelę ſolemnitate juris ſupplendum, aut quia ob id vitium mox dimittendi ſunt, privilegio uti non poſſe. Sed nimis evidenter hoc loco novum privilegium profertur, quod ad perſonas militum & poteſtatem teſtandi, non tantùm ad formam &
remiſſionem ſolemnium pertinet. Ego arbitror, 4
peccatum hic aliquid eſſe oſcitantia Compilatorum. Certum eſt, olim paganum mutum aut ſurdum teſtamentum facere non potuiſſe, niſi ut liceret ſibi facere ſpecialiter à Principe impetraſſet, *l. 7. qui teſt. fac.* militem autem mutum & ſurdum potuiſſe citra novam conceſſionem ex privilegio militari, *l. 4. hoc tit.* Nec minùs hoc certum habeo, neque paganum mutum ſimul & ſurdum natum, aut factum quidem, ſed qui ſcribere neſciret, hoc unquam ex ſpeciali gratia obtinere potuiſſe, quippe qui nec petere hoc potuit; neque militem in caſu ſimili habuiſſe ex privilegio. Juſtinianus primus generali lege ſurdis & mutis (exceptis iis, quos modò dixi) facultatem teſtandi dedit, *d. l. diſcretis, C. qui teſt. fac.* ex quo cum etiam pagani hoc jus habuerunt, id inter privilegia militaria, ut olim, ampliùs referri non debuit. Cùm igitur nihilominus appareat, in hoc loco factum eſſe à Compoſitoribus, oportet eos, cùm hæc vel ex reſponſo Ulp. *in d. l. 4.* vel ex alio veteri Juriſconſulto deſcriberent, non meminiſſe conſtitutionis illius Juſtinianeæ: quæ tamen jamdudum edita erat; ut apparet ex ſubſcriptione. Fallitur autem Bachovius, qui eam etiam priori Codici inſertam fuiſſe opinatur, cùm primùm edita ſit biennio poſt editionem illius Codicis, anno ſcilicet primo poſt conſulatum Lampadii & Oreſtis.

TEXTUS.

De militibus & veteranis.

3. *Sed hactenus hoc illis à Principalibus conſtitutionibus conceditur, quatenus militant, & in caſtris degunt. Poſt miſſionem vero veterani, vel extra caſtra alii, ſi faciant adhuc militantes teſtamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in caſtris fecerint teſtamentum non communi jure, ſed quemado.*

modò voluerint, poſt miſſionem intra annum tantùm valebit. Quid ergo ſi intra annum quis deceſſerit, conditio autem heredi adſcripta poſt annum extiterit? an quaſi militis teſtamentum valeat? Et placet valere quaſi militis.

NOTÆ.

3. *Veterani*] Οἱ ἀπολυθέντες τῆς στρατείας. Suid. qui juſtam miſſionem legitimis impletis ſtipendiis conſecuti ſunt, *l.2.D.de veteran.l.1.C.de exc. vet.* ἀφέσεως ἐντίμου τυχόντες. Julian.*orat.1.v.*Lipſ. *ad 1.annal.& 2.Hiſt.* Tac.

Poſt miſſionem intra annum] Honeſtam vel cauſariam; nam eorum teſtamenta, qui ignominiæ cauſa miſſi ſunt, ſtatim deſinunt jure militari valere, *l.26.pr.& §.1.h.t.add.l.2.§.2.de his qui not.infam.l.13.§.3.de re mil.*Lipſ.*in 2.annal.*Tac.

Valere quaſi militis] Quia conditio quandoque exiſtens retrotrahitur, *l.16.de condit.inſt.l.11.§.1.qui pot.in pign.*

COMMENTARIUS.

1 *Falli tam eos, qui putant, hunc §. ſolum pertinere ad milites ſurdos & mutos militia miſſos quàm qui negant ad hos pertinere omnino.*

2 *An & quatenus milites capite damnati jure militari teſtandi licentiam retineant.*

3 *An huc pertineant qui ſucceſſoribus acceptis militare deſinunt.*

1 NUlla ratio eſt, cur dubitemus, utrùm hic §.cum ſuperiore connectendus ſit, referenduſque ſolùm ad milites mutos & ſurdos, an generaliter ad omnes militia miſſos. Quippe cùm juſtior cauſa dubitandi ſit de mutis & ſurdis, propter incertitudinem voluntatis eorum, quàm de reliquis: & quotquot ſunt hae de re loci in Pand. illi generaliter loquuntur de omnibus qui honeſtam vel cauſariam miſſionem meruerunt, *l. quod conſtitutum 21.l.teſtamenta 26.l. quod dicitur 38. hoc tit.* neque abſurdum eſt aut ſuperfluum, repeti, quod ſemel dictum eſt, ſi id fiat alterius rei ſignificandæ gratia, quàm quæ præceſſit, ut fit hoc loco. Sunt ex contrario qui putant, ea, quæ hic traduntur, ad mutos & ſurdos milites dimiſſos aut extra caſtra verſantes non pertinere: ſed eos etiam poſt miſſionem aut alibi degentes retinere facultatem jure militari teſtandi: quod, ut unus error plerumque plures parere ſolet, ex eo natum eſt, quòd crediderunt, mutos & ſurdos milites, ſive ita natos ſive factos, etiam litterarum ignaros, jure militari teſtandi licentiam habere, quos ſi miſſos dicamus, non aliter teſtari poſſe, quàm jure communi. Negamus, eos ullo modo poſſe teſtari: quia nec poſſunt jure communi, *l diſcretis, C.qui teſt.fac.*& hoc veriſſimum eſt, falſum autem quod pro vero aſſumunt, poſſe ejuſmodi mutos & ſurdos jure militari teſtari, ut abundè probavimus, *§.præc.*

Poſt miſſionem verò] Huic rei obſtare videtur, quòd etiam is miles, qui capite damnatus eſt, jure militari teſtandi licentiam habet, *l. ex militari 11.hoc tit.* qui tamen maximè pro miſſo & exauctorato haberi debet. Non unum eſt, 2
quod hic reſpondeatur. Nam primùm miles capite damnatus privilegium teſtandi non retinet, niſi id nominatim ſententia comprehenſum ſit, *l. ſi quis 22.§.1. de legat.* 3. aut petierit & impetraverit, ut ſibi jure militari teſtari liceret, *l. cum hic 32.§.ſi miles 8. de donat. int. vir. & uxor. l.6. §.ſed etſi 6. de injuſt. rupt. irr. teſt.* Deinde nec is miles retinet, qui ex delicto communi capite puniri meruit, ſed tantùm, qui ex militari, *d.l.11. & l.1. de vet. & mil. ſucceſſ.* nec eo quovis: non eò, quòd fidem ſacramenti rumpat, *d.l.11.hoc tit.* verùm ex leviore aliquo; ſunt enim multa militiæ delicta minùs atrocia, quæ tamen ut capite puniantur, vigor diſciplinæ militaris poſtulat. Denique teſtandi jus his tantùm conceditur de bonis caſtrenſibus, quæ non vindicantur fiſco; ſed ab inteſtato ad proximos cognatos pertinent, *d.l.1.& l.2. de vet. & mil.ſucc.* quod cùm unicuique permiſſum ſit à ſucceſſione ſua excludere facto teſtamento, id militi etiam in propoſita ſpecie permitti placuit.

Intra annum, &c.] Teſtamentum in caſtris jure militiæ factum jus ſuum etiam poſt miſſionem intra anni ſpatium retinet, vel eo uſque, dum Inſtitutionis conditio extiterit, *l. quod conſtitutum 21. l. teſtamenta 26.l. quod dicitur 38. hoc titul.* De anni ſpatio hæc cauſa affertur, quòd privilegia abſentibus reipub. cauſa, quales etiam ſunt milites, conceſſa, poſt reditum uſque ad annum perſeverant, *§.item 2. ſup. de exc. tut.* De conditione hæc, quia conditio quandocumque exiſtens retrotrahitur, atque exinde perinde habetur, ac ſi ab initio purè inſtitutio facta fuiſſet, *l.ſi pupillus 16 de cond. inſt. l.11.§.1.qui pot. in pign. l. 8. de per. & com. rei vend.* Cæterùm miſſionem intelligi oportet, vel honeſtam, quæ emeritis ſtipendiis indulgetur; vel cauſariam, quæ propter valetudinem. Nam eorum teſtamenta, qui ignominiæ cauſa miſſi ſunt, ſtatim deſinunt militari jure valere, *d. l. teſtamenta 25. hoc tit.* Conſule de hoc *l.2.§.2. de his qui not. infam. Lipſium in lib.1. Annal. Taciti.* Quæſitum eſt, an quod hic traditur, etiam 3
ad eos pertineat, qui non miſſione, ſed ſucceſſoribus acceptis militare deſinunt; quales ſunt duces exercitus, tribuni cohortium aut legionum, vel præfecti: nam teſtari quidem hos omnes jure militari poſſe, quamdiu exercitui, legionibus, aut cohortibus præſunt, certum eſt, *l. tribunus 20. l. Titius 25. hoc tit. l.4. Cod. eod.* Et Africanus reſpondit non pertinere, ſed ſtatim atque ſucceſſorem acceperint, horum teſtamenta jure militari valere deſinere, *d. l. quod conſtitutum hoc tit.* Ait autem, non pertinere, quantum ad verba conſtitutionum attinet, quæ de miſſis loquuntur, non quibus ſuc-

Digitized by Google

ſucceſſor datur. Quid ſi igitur nos cum Cujacio *ad d. l. tract. 4. ad. African.* tentemus ex ſententia conſtitutionum etiam ad hos beneficium illud pertinere? Cur enim verba legum captamus? Aut quid in propoſito refert, utrùm quis dimittatur, an ſucceſſorem accipiat? Certè Ulpianus non dubitat edictum de iis, qui notantur infamia, quod de miſſis loquitur, ad eos extendere, quibus ſucceſſores dantur, *d. l. 2. §. 2. de his qui not. infam.*

TEXTUS.

Si teſtamentum factum ante militiam.

4. *Sed & ſi quis ante militiam non jure fecit teſtamentum, & miles factus, & in expeditione degens reſignavit illud, & quædam adjecit ſive detraxit, vel aliàs manifeſta eſt militis voluntas hoc valere volentis, dicendum eſt, valere hoc teſtamentum, quaſi ex nova militis voluntate.*

NOTÆ.

4. *Ante militiam*] Id eſt, qui cùm adhuc paganus eſſet, non jure communi teſtamentum fecit.

Reſignavit] Reſignare eſt ſignatum aperire, ἀποσφραγίζειν, *leg. 1. §. 36. de poſ. leg. 5. teſtament. quem ap.*

Manifeſta militis voluntas] Utique igitur ſemper neceſſe eſt, ut miles poſtea factus tempore expeditionis nova aliqua teſtatione voluntatem declaret: aliàs id teſtamentum ad privilegia militaria non pertinebit, *l. 9. §. 1. l. 20. §. 1. l. 25. hoc tit.* Nec obſtat *l. 15. §. 2. eod.* ibi *ſi militis voluntas contraria non ſit.* Hoc enim ſic accipiendum, quaſi J. C. dixiſſet, ſi militis voluntas, quæ poſteà ſecuta eſt, priori non ſit contraria, ſed eam confirmet.

COMMENTARIUS.

1 *Teſtamentum non ritè à pagano factum jure militiæ valere, ſi is, miles poſtea factus & in caſtris degens, recenti aliquo judicio priorem voluntatem comprobaverit.*

2 *Si nulla nova voluntatis declaratio intervenerit, teſtamentum illud ad privilegia militum non pertinere.*

3 *Ulpianus ſecum & cum aliis conciliatus.*

ALiud privilegium militare ſpectans confirmationem teſtamenti ante militiam non jure ordinati, quod tale eſt: Si quis, cùm pa-
1 ganus eſſet, teſtamentum non jure communi ci-
vium fecit, & poſtea cùm militare cœpiſſet, in caſtris aut expeditione degens, quovis recenti judicio, & ſive voce ſive facto aliquo declaraverit, ſe id teſtamentum valere velle, valebit ex nova militis voluntate: atque ita videbitur teſtatus per relationem. Eſt verò hoc ſuperiori omnino conſequens: nam cùm militi nuda voluntate teſtamentum facere permiſſum ſit, ei etiam permittendum fuit teſtamentum, quod ante militiam fecit, nuda voluntate poſtea comprobare: quoniam hæc militis voluntas teſtamentum eſt, *l. 1. in fin. l. in fraudem 15. §. 2. hoc tit.*

Reſignavit illud, & quædam adjecit ſive detraxit, vel aliàs manifeſta, &c.] Ad confirmationem teſtamenti, quod quis inutiliter ante militiam fecit, uti nihil ampliùs requiritur, quàm ut miles poſteà factus tempore expeditionis id valere voluerit; ita etiam neceſſe eſt, ut hoc nova aliqua teſtatione voluntatis declaret. Duo enim ſemper in omni militari teſtamento exigimus; ut de voluntate militis conſtet; ut in ex-
peditione teſtatus ſit. At in propoſito neque de 2
voluntate militis conſtare poteſt, ſi nulla nova teſtatio intervenerit; quin potiùs tunc cenſendus eſt priorem inutilem voluntatem, qualem eſſe ſciebat, talem manere voluiſſe: nec dici poteſt in expeditione teſtatus, à quo neq; factum quicquam eſt, neque dictum, quod ad comprobationem prioris voluntatis pertineat: Enim verò non præcisè requiritur, ut miles recentem voluntatem apertè & verbis declaret, ſed ſufficit eam re aliqua & facto ſignificari, unde commodè intelligi poſſit: cujuſmodi facta ſunt; ſi teſtamentum reſignaverit, legeritque, ac rurſus ſuo ſigno ſignaverit; ſi aliquid adjecerit, detraxerit, inſeruerit, perduxerit, emendaverit. Alterum autem horum omnino neceſſarium eſt, ut hic locus apertè oſtendit, & apertiùs adhuc Juriſconſultus, *l. Tribunus 20. §. 1. eod.* diſertè ſcribens, ſi nihil eorum, quæ diximus, intervenerit, teſtamentum ad privilegia militum non pertinere: quibus ſimilia leguntur *in l. quod dicitur 38. §. 1. in fin. eod. l. 8. §. 4. de jur. eod.* Omnium autem apertiſſimus in hanc ſententiam locus eſt Marcelli in *l. Titius 25. hoc tit.* ubi ſic ſcribit; *Teſtamentum, quod (Titius) ante tribunatum feciſſet, nihil ſi poſtea ab eo factum dictum eſſe probaretur, ad jus commune pertinet. Conſtitutionibus enim Principum non militum teſtamenta, ſed quæ à militibus facta ſunt, confirmantur.* Cur igitur in re manifeſta laboramus? Propter reſponſum Ulpiani, quod extat *in l. in fraudem 15. §. 2. eod. tit.* in hæc verba; *Teſtamentum ante militiam factum à milite, ſi in militia deceſſerit,
jure militari valere, ſi militis voluntas contraria 3
non ſit, Divus Pius reſcripſit.* Ecce, non novam hic voluntatis declarationem Juriſconſultus exigit, ſed tantùm ut nulla contraria voluntas ſecuta ſit: atqui hoc etiam tunc ſit, cum nulla omnino ſecuta eſt. An dicimus, Juriſconſultum loqui non de eo, qui cùm paganus eſſet, teſtamentum fecit; ſed de milite, qui teſtatus eſt ante militiam? Ita quidem Gloſſ. Jo. Fab. & alii. Sed ego hoc non capio, neque intelligo, quomodò miles dici poſſit ante militiam teſtamentum feciſſe, niſi militem accipias κατ' ἀναφοράν, qui

nunc

nunc miles eſt, cùm tempore facti teſtamenti eſſet paganus: nec illa Ulpiani verba, teſtamentum ante militiam factum à milite, aliter accipi debent aut poſſunt, quàm ſi dixiſſet, teſtamentum à milite factum antequàm miles eſſet, ſeu cùm adhuc eſſet paganus: quibus etiam verbis ille ipſe utitur, idem hoc reſcriptum D. Pii referens: *in leg. 1. §. 9. eod.* Hoc cùm animadverteret Franciſcus Hotomannus, ἀντινομίας eſſe pronuntiavit, quem ſecutus eſt Ant. Matthæus. Verùm enim verò ſi hinc antinomiã admittimus ubi non admittemus? Mille loci ſunt, in quibus major in ſpeciem cum aliis pugna eſt, quàm in loco illo Ulpiani cum iis, quos antea allegavimus. Fatetur Hotomannus, Julianum, Marcellum, Paulum, atque adeò ipſum Juſtinianum hoc loco exigere argumenta recentis judicii, & prioris apertam comprobationem: ſed ait, ita jus vetus fuiſſe; novum autem conſtitutum eſſe à D. Pio ſola taciturnitate, quaſi perſeverantia judicii contento: quod jus proferatur ab Ulpiano: quam ob cauſam etiam Juſtinianum reprehendit, quòd contra quam in prœmio recipit, jus obſoletum hic nobis obtruſerit. Si à ſolo Juliano, qui cæteris antiquor fuit, id proditum eſſet, poterat videri ſpeciem aliquam veri habere, quod Hotomannus dicit. Sed cùm etiam Marcellus, quo conſiliario uſum eſſe D. Pium teſtis eſt Capitolinus, & poſt hunc etiam Paulus, qui aſſeſſor Papiniani, & Ulpiani in aſſeſſura collega fuit, auctore Lampridio *in Alexandr.* idem affirment, nullus color relinquitur, qui opinioni Hotomanni prætexi queat. Utique enim nimis putidum eſt dicere, aut ignoraſſe eos jus, quod è D. Pio conſtitutum erat, aut contra expreſſam conſtitutionem Principis reſpondiſſe. Quin etiam ipſe Ulpianus *in leg. 8. §. 1. hoc tit.* diſertè in hac eadem ſpecie exigit prioris voluntatis expreſſam approbationem, idque, ut teſtatur, ſecundùm D. Pii reſcriptum. Ait enim, teſtamentum factum à pagano, qui poſtea militare cœpit, jure militari valere, ſi miles factus hoc maluit, ut à D. Pio reſcriptum eſt. Quid verò hoc aliud eſt, quàm ſi dixiſſet, ſi miles factus indicio aliquo novæ voluntatis oſtenderit, ſe id velle valere? Significantiora certè ſunt verba Juriſconſulti, quàm ut de ſimplici ſilentio aut voluntate in mente retenta intelligi poſſint. Atqui idem reſcriptum eſt, idemque auctor, qui ejus meminit *in d. l. in fraudem 15. §. 2. eod.* ut proindè eumdem utrobique etiam ſenſum eſſe, licèt verba diverſa ſint, oporteat. Quod cum dicimus, hoc dicimus, verborum *in d. l. 15. §. 2. ſi militis voluntas contraria non ſit*; illorum *in dict. l. 9. §. 1. ſi hoc maluit miles*; unam eamdemque eſſe ſententiam, quemadmodum ab uno eodemque prolata eſſe conſtat, ad rem eamdem ſignificandam. Plus nimirum ſenſit Juriſconſultus in *d. l. 15. §. 2.* quàm ſcripſit: quod cùm manifeſtum ſit tum ex aliis locis, tum ex *d. l. 9. §. 1.* quæ eſt ipſius Ulpiani, cur verba urgemus, quæ & ipſa inſuper ambigua ſunt, & ſic quoque accipi poſſunt, non ut nulla nova voluntas exigatur, ſed ut ſaltem aliqua, quæ tamen priori contraria non ſit, ſed eam confirmet? Quamobrem miror, quid Hotomanno & Ant. Matthæo, ſummis alioqui viris, in mentem venerit, quòd eos, qui ajunt, Ulpianum & ſecum & cum cæteris de re propoſita convenire, contentionis, quàm veritatis cupidiores eſſe, tam præcipites pronuntiaverint.

Textus.

Si adrogatus vel emancipatus.

5. *Denique & ſi in adrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus eſt, teſtamentum ejus quaſi ex nova militis voluntate valet: nec videtur capitis deminutione irritum fieri.*

Notæ.

5. *In adrogationem datus*] Qui de caſtrenſibus bonis teſtatus erat, *l. 23. hoc tit.*

Quaſi ex nova militis voluntate] *l. 22. eod.* ut capitis minutione ſecuta voluntas repetita cenſeatur: nam jure communi requiritur nova voluntatis declaratio, *l. 11. §. 2. ſec. tab.*

Commentarius.

Jure communi teſtamentum irritum fit etiam minima capitis deminutione teſtatoris, puta ſi ſe adrogandum dederit, *§. 4. inf. quibus modis teſt. infr.* militare non item. Sed & ſi filiusfamil. miles à patre in adoptionem datus fuerit, aut emancipatus, placet teſtamentum ejus valere, nec capitis deminutione irritum fieri, *l. miles 22. & l. ſeq. hoc tit.* Ut autem huic quæſtioni locus ſit, oportet teſtamentum factum ſtatuatur de bonis caſtrenſibus: nam filius quidem familias de aliis bonis teſtari non poteſt; pater autem familias etſi poteſt, ſi tamen de omnibus bonis teſtatus ſit, neceſſe eſt tale teſtamentum infirmari per adrogationem; quippe cùm quicquid extra peculium caſtrenſe eſt, id acquiratur patri adrogatori: qua de cauſa etiam Juriſconſultus in *l. 23. hoc tit.* expreſſè meminit militis de caſtrenſibus dumtaxat rebus teſtati. Quamvis autem quod hoc loco *& d. l. 22. & l. ſeq.* proponitur, inter privilegia militaria referatur: idem tamen poſtea, neglecta ſubtilitate juris, productum videtur ad veteranos jure communi de bonis caſtrenſibus teſtantes, *leg. 1. §. exigit. 8. de bon. poſſeſſ. ſec. tab. leg. 6. §. ultim. de injuſto. rupt. teſtament.*

Textus.

De peculio quaſi caſtrenſi filiisfam. teſtari permiſſum, ſed jure communi.

6. *Sciendum tamen eſt, quòd cum ad exemplum caſtrenſis peculii, tam anteriores*

Digitized by Google

leges, quàm Principales conſtitutiones, quibuſdam quaſi caſtrenſia dederant peculia, & horum quibuſdam permiſſum fuerat etiam in poteſtate degentibus teſtari: noſtra conſtitutio id latiùs extendens, permiſerit omnibus in hujuſcemodi peculiis teſtari quidem, ſed jure communi. Cujus conſtitutionis tenore perſpecto, licentia eſt, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

NOTÆ.

6. *Anteriores leges*] Pandectas videtur intelligere, *l.2.§.6.ad Trebell.l.3.§.5. de bon. poſſ. l. 1. §.15.de collat.l.7.§.ult.de donat.* Cujac.

Noſtra conſtitutio] *d.l.ult.C.de inoff. teſt.l. ult. C. qui teſt. fac.*

Sed jure communi] Jure autem militari teſtari non poſſunt: hoc enim privilegium illis ſolùm tributum, qui ſub armata militia ſtipendia merent, & tunc cum in caſtris degunt: ut inepti ſint qui hoc extendunt ad militiam togatam, aut aliàs imaginariam, cujus crebra mentio in 3. *poſt lib. Cod.*

COMMENTARIUS.

1 *Privilegium jure militari teſtandi etiam noſtri temporis militibus competere.*

DE differentia & qualitate peculii filiorum famil. actum *ſup.§.1.per quas perſ. cuiq.acq.* hic tantùm quædam monentur propter id peculium, quod ad exemplum caſtrenſis filiisfam. conceſſum fuit, olim eorum quibuſdam dumtaxat cum poteſtate de eo teſtandi, à Juſtiniano cum eadem poteſtate omnibus, *l. ult. C. de inoff. teſt. l. ult.C.qui teſt.fac.*

Anteriores leges] Pandectas intelligo cum Cujacio. Etenim etiam ea, quæ legibus continentur de hoc quaſi caſtrenſi peculio, non eſſe ex lege aliqua ad populum lata, ſed ex conſtitutionibus, argumento eſt, quòd ipſum peculium caſtrenſe, cujus exemplo comparatum eſt quaſi caſtrenſe, ex conſtitutionibus eſt. In Pandectis autem non ſemel tantùm, aut ad ſummum iterum, ut falsò Mynſingerus exiſtimat, ſed ſæpiùs hujus quaſi caſtrenſis peculii mentio fit, *ut in l. 1. §. in filii 6. ad ſenat. Treb. l.2. §. dari, 5. de bon. poſſ. 1. §. nec caſtrenſe 15. de collat. l. filiusf. 7. §. ult. de donat.*

Quàm Principales conſtitutiones] Conſtitutiones intelligit recentiorum Imperatorum, quarum quædam etiam extant in poſteriore Codice, *l. velut 7. Cod. de aſſeſſ. l. 4. Cod. de adv. div. jud. 1. l. un. Cod. de caſtr. omn. pec. l. ult. Cod. de caſtr. pec. lib. 12.*

Et horum quibuſdam] Veluti conſulibus, proconſulibus, legatis & præſidibus provinciarum cæteriſque in univerſum omnibus, qui poſiti erant in eminentiore aliquo dignitatis aut adminiſtrationis gradu: patronis verò cauſarum, memorialibus, agentibus in rebus, magiſtris liberalium artium, archiatris, & id genus aliis in tam ampla dignitate non conſtitutis, ea quidem, quæ hujuſmodi operam reipub. navantes paraverant, plena proprietate conceſſa fuerunt, ut hæc etiam patre mortuo quaſi peculium quoddam caſtrenſe perciperent: cæterum jus de his rebus teſtandi iis datum non fuit, *l. ultim. Cod. de inoff. teſt.* Hinc apparet, non ſatis validum eſſe argumentum, quo nonnulli filiisfamilia jus teſtandi defendunt etiam in peculio adventitio iis caſibus, quibus plena ejus proprietas illis conceſſa eſt, de quo ampliùs *tit. proximè ſeq.*

Teſtari quidem, ſed jure communi] *d.l.ult. Cod. de inoff. teſt. d.l.ult.C.qui teſt.fac.* Quare filiiſamil. omnes, qui quaſi caſtrenſe peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex conſtitutione Juſtiniani, quod filiiſam. veterani in peculio caſtrenſi: jure autem militari teſtari non poſſunt: hoc enim privilegium illis ſolis tributum eſt, qui ſub armata militia ſtipendia merent: neque ſimpliciter, ſed tunc, cum expeditionum laboribus occupantur, ut inepti ſint, qui hoc extendunt ad alias militiæ ſpecies, togatæ ſcilicet aut aliàs imaginariæ: cujus crebra mentio in tribus poſterioribus libris Codicis. Illud nihil refert, utrùm quis pedes mereat, an eques. In claſſibus omnes nautæ & remiges milites ſunt, *l.un. §.1.de bon.poſſ.ex teſt. mil.* Quidam negaverunt, privilegia jure militari teſtandi competere militibus noſtrorum temporum, eò quòd vetus ratio legendi & ritus aſſumendi militem in deſuetudinem abiit. Sed hoc argumentum nullius momenti eſt: durat enim nihilominus cauſa privilegii, laborum & periculorum functio, cum in expeditionibus sūt, ubi armorum ſtrepitus vocem juris civilis eos audire non patitur, *Vigl.ad rubr.hic Gail.2.ob.118. Vaud.1.q.55.Chriſtin.volum.4. deciſ. 3. Sichard. ad rub.C.h.tit.n.9.Graſſ.§. ſubſtitutio quæſt. 66. Groe. 2. de introd. 7. Perez. C. de teſt. mil. in fin.*

Digitized by Google

TITULUS XII.
QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

Dig. Lib. 28. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 22.

1 *Ut teſtamentum conſiſtat, quænam in perſona teſtantis requirantur.*
2 *Damnatos capite olim certo jure teſtandi facultatem amiſiſſe.*
3 *An novellis legibus ab eo jure receſſum.*

REditus ad jus commune. Diſſeruit *tit.*
10. de forma & modo teſtandi: progre-
ditur nunc ad perſonam teſtantis:
quod eſt alterum ex tribus illis, quæ in
omni teſtamento conſideranda eſſe diximus *ſub*
1 *rubr. d. tit.* In perſona teſtantis duo exigunt: unũ
eſt, ut conditione ſit civis Romanus, quod indicat
primum & ſecundum caput legis Falcidiæ, *l. 1. ad
leg. Falc.* proindè teſtamentum facere non poſſunt
peregrini, aut ad peregrinitatem redacti, ut depor-
tati *l. 8. §. 1. & 2. hoc tit. qui teſt. fac. l. 1. §. 2. de leg. 3.*
nec ſervi aut capti ab hoſtibus, *d. l. 8. §. ult. l. filius-
fam. 16 hoc tit. §. ult. inf. eod.* nec obſides, niſi eis
permittatur, *l. 11. eod.* Ac ne is quidem, qui de ſta-
tu ſuo & conditione incertus eſt, teſtari poteſt, *l.
14. & ſeq. eod. l. 1. in pr. de leg. 3.* Alterum eſt, ut ſit
ſui juris, uno verbo paterfam. de quo ſtatim *in
pr. hujus tit.* Qui patresfamiliarum ſunt, omnes
teſtamentum facere poſſunt, exceptis iis, qui vo-
luntatem ſuam recto certoque judicio ſignificare
aut exprimere nequeunt, *de quibus in §. 1. & 3.
ſeqq.* nec non aliis quibuſdam, quos lex ob deli-
ctum admiſſum, aut apoſtaſiam hæreſimve nomi-
natim teſtari vetat, *l. is cui 18. §. 1. l. cum lege 26.
hoc tit. l. 3. C. de apoſtat. l. 4. C. de hæret. & Manic.
l. 6. & auth. ſeq. C. de inceſt. nupt.* Olim omnes
2 capitali crimine damnati certo jure teſtamenti
factionem amittebant, quoniam ſtatim atq; ſen-
tentiam paſſi eſſent, libertatem & civitatem per-
debant, *d. l. 8. §. ult. l. 6. §. ſed & 6. de injuſt. rupt.
teſt. l. 12. l. qui ultimo 29. de pœn.* Ajo *damnati*:
nam ſi quis indemnatus, quantumvis poſt accuſa-
tionem & in cuſtodia deceſſiſſet, ejus teſtamen-
tum valebat, *l. 9. hoc tit.* uti & damnati appella-
tione interpoſita, medioque tempore pendente
appellatione teſtati & defuncti, *leg. 13. §. ult. eod.*
Quæritur autem, an novellis legibus, *Nov. 17.*
3 *c. 10. Nov. 22 cap. 8. item 134. cap. ult.* unde *auth.
ſed hodie, C. de don. int. vir. & ux. & auth. bona. C.
de bon. proſcript.* ab eo jure receſſum ſit: nam his
conſtitutionibus & ſervitus pœnæ tollitur, & bo-
na capite damnatorum non publicantur extanti-
bus liberis & parentibus. Sed tamen quia eis
bona adimuntur, & in liberos vel parentes tranſ-
feruntur, ne hodie quidem eos teſtari poſſe di-
cendum videtur, *D. Tulden. hic cap. 6. add. Sa-
licet. in d. auth.* ſed *hodie Vaſq. 3. contr. illuſt. 96.
Graſſ. §. teſtamentum quæſt. 26. Clar. §. teſtamen-
tum quæſt. 21.* Jac. Vervvey *tract. de art. teſtam.
cap. 4.* ubi notat, in his regionibus damnatos ca-
pite, quorum bona publicata non ſunt, teſta-
menti factionem retinere.

TEXTUS.

De filiofamilia.

Non tamen omnibus licet teſtamentum facere. Statim enim ii, qui alieno juri ſubjecti ſunt, teſtamenti faciendi jus non habent: adeò quidem, ut quamvis parentes eis permiſerint, nihilò magis jure teſtari poſſint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, & præcipuè militibus, qui in poteſtate parentum ſunt: quibus de eo, quod in caſtris acquiſiverunt, permiſſum eſt ex conſtitutionibus Principum teſtamentum facere. Quodquidẽ jus ab initio tantùm militantibus datum eſt tam ex auctoritate divi Auguſti, quàm Nervæ. nec non optimi Imperatoris Trajani; poſtea verò ſubſcriptione divi Hadrianni etiã dimiſſis à militia, id eſt, veteranis, conceſſum eſt. Itaque ſiquidem fecerint de caſtrenſi peculio teſtamentum, pertinebit hoc ad eum, quem hæredem reliquerunt. Si verò inteſtati deceſſerint, nullis liberis vel fratribus ſuperſtitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere poſſumus, quod in caſtris acquiſierit miles, qui in poteſtate patris eſt, neque ipſum patrem adimere poſſe, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune eſſe: ſed ſcilicet proprium eſſe ejus, qui id in caſtris acquiſierit: quamquam jure civili omnium, qui in poteſtate parentum ſunt, peculia perinde in bonis parentum computentur, ac ſervorum peculia in bonis dominorum numerantur; exceptis videlicet iis, quæ ex ſacris conſtitutionibus, & præcipuè noſtris propter diverſas cauſas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui caſtrenſe peculium, vel quaſi caſtrenſe habent, ſi quis alius filiusfam. teſtamentum fecerit, inutile eſt, licèt ſuæ poteſtatis factus deceſſerit.

Digitized by Google

Notæ.

Qui alieno juri ſubjecti] filiifam. teſtamentum facere non poſſunt, *l.6.hoc tit.l.p.C.eod.* & olim quidem vel ideò non poterant, quia nihil ſuum habebant. Ulp.*tit.*20.§.9. Hodie non poſſunt, quia ne nunc quidem quicquam pleno jure tamquam patresfam. habent, excepto peculio caſtrenſi & quaſi: de quo ob id etiam teſtari iis permiſſum. Teſtandi autem facultas ſolis patribusfam. lege conceſſa. *Paterfam. uti legaſſit, &c. ad Heren. lib.* 1.

Quamvis parentes permiſerint] Quia teſtamenti factio juris publici eſt; *l.3.hoc tit.* id eſt, ei ſoli competit, cui jure publico permiſſa. Ex quo efficitur, ut nec conſentiente patre codicillos facere legatumve aut fideicommiſſum relinquere filiusfam. poſſit, *l.6.§.3.de jur.cod.l.25.§.1. de mort.ca.don.*

Antea enumeravimus] Qui ſcil. caſtrenſe & quaſi caſtrenſe peculium habent, §. *ultim.tit. ſup.*

Iure communi] Id eſt, jure hæreditario, poſt liberos & fratres inteſtato mortui, ut eſt in textu, *l.3.l.4.C. de bon. quæ lib.* jure noviſſimo à liberis ſolùm, non etiam à fratribus parens excluditur. Nov.118.c.2.Explodendum igitur, quod Cujac. Pac.Fabrot. in margine notant, *jure communi, id eſt, jure patrio, jure peculii*, ex veteri & abrogato jure *in l.2.de caſtr.pec.*

Proprium ejus eſſe] Ita ut in eo vice patrisfam. fungatur, *l. 2. de S. C. Mac.* quod jus & quaſi in caſtrenſibus ei poſtea tributum, §. *ult. tit. ſup.*

Quamquam jure civili] Oratio perplexa. ſententia tamen Juſtiniani ex iis quæ antecedunt, & mox ſubjiciuntur, ſatis manifeſta. Vide comment.

Præter hos, qui caſtrenſe vel quaſi] Igitur nec de peculio adventitio filiusfam. teſtari poteſt, ne de illo quidem, cujus uſumfructum pater non habet, *l.ult.§.5.C.de bon.quæ lib.* junct. *l. pen.C.h.t.* quamvis de eo inter vivos diſponendi libera filiofam.majori 25. annis conceſſa ſit facultas, *Nov.117.c.1.§.1.*

Licèt ſuæ poteſtatis deceſſeris] Jus generale, *l. 19.h.t.l.29.l.pen.de reg.jur.* ex definitione regulæ Catonianæ, *l.1.de reg.Cat.*

Commentarius.

1 *Cur filiifam. teſtamenti factionem non habeant.*
2 *Cur ne patre quidem conſentiente rectè teſtentur, cùm ita mortis cauſa rectè donent.*
3 *An teſtamentum à filiofam. factum cum conſenſu patris, propter adſcriptam clauſulam, ut ad valeat cujuſcumque ultimæ voluntatis vi ſaltem ſuſtineatur in vim donationis cauſa mortis.*
4 *Inteſtato filio mortuo peculium caſtrenſe jure Codicis ad patrem non rediſſe jure peculii: ſed liberis & fratribus non extantibus jure ſucceſſionis ad eum devolutum.*
5 *Peculio pagano adventitio cum caſtrenſi communia.*
6 *Plenius ac planiùs, quàm vulgo, oſtenditur, filiumſam. ne de iis quidem adventitiis teſtari poſſe quorum fructus patri non quæritur.*
7 *An de his codicillos facere, aut ſine patris conſenſu mortis cauſa hæc donare poſſit.*
8 *Quid hic moribus harum regionum receptum.*

Qui *alieno juri ſubjecti*] Lex duodecim tabularum liberam teſtandi facultatem civibus concedens, præcisè ac definitè de patribusfam. locuta eſt. Extat integrum legis caput apud auctorem ad Gerennium *lib.* 1. In hæc verba; *Paterfamilias uti legaſſit ſuper familia pecuniave ſua, ita jus eſto.* Ex eo, quòd Decemviri hoc jus nominatim conceſſerunt patrifamil. hoc eſt, civi Romano, qui ſui juris eſt, ſatis intelligitur, idem eos filiisfam. permittere noluiſſe. Quinimò non potuerunt niſi ridiculè teſtandi facultatem permittere iis, qui nihil ſuum habebant, de quo teſtari poſſent: quippe notum eſt, filiosfam olim omnia parentibus, quorum in poteſtate erant, pleno jure acquiſiviſſe: quæ etiam ratio, cur filiifam. teſtari non poſſint, reddita eſt ab Ulpian. *in fragm. tit.20.§.filiusfam.9.* duratque eadem etiam nunc quicquid enim hodie filiifam. proprium eſt, in eo non ut filiusfam. ſed ut paterfam. conſideratur. Et peculium quidem caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe ſub qualitate patrisfam. ei pleniſſimo jure conceſſum eſt: cæterum & in adventitio, quatenus vicem patrisfam. ſuſtinet: cùm alioqui ne proprietas quidem hujus peculii penes eum eſſe poſſet: pugnatque cum conditione filiifam. aliquid proprium habere. Hoc autem poſito, filiosfam. jus teſtamenti faciendi non habere, conſequens eſt, eos nec legatum aut fideicommiſſum relinquere, aut codicillos facere poſſe: quippe quæ iis demum permiſſa ſunt, qui & teſtamentum condere poſſunt, *l.2.de legat.* 1.*l.1.* §.2.*de legat.* 3.*l.6.* §. *pen.de jur. cod.* Denique in his etiam locum habet ratio Ulpiani, quòd filiifam. nihil habent proprium. 1

Quamvis parentes eis permiſerint] *L.6.cod.* Atque hoc etiam ut confectarium ex ſuperiori deducitur. Etenim permiſſio illa patris non efficit, ut filiusfam. incipiat eſſe paterfam. Lex autem duodecim tab. non aliis, quàm patribusfam. teſtandi poteſtatem conceſſit: eòque pertinet quod Papinianus ſcribit *l. 3. cod. Teſtamenti factio non privati ſed publici juris eſt.* Hoc eſt, jus teſtamenti faciendi non privatorum auctoritate, ſed jure publico & legibus cuique tribuitur: adde, quòd nec ſic quidem filiofam. quicquam acquiritur, de quo teſtari, aut in quo hæredem habere poſſit. Ex quo jam etiam efficitur, ut nec conſentiente patre codicillos facere, legare aut fideicommiſſum relinquere valeat. Eadem enim utrobique ratio eſt. An igitur filiofam. nec mortis cauſa donare volente patre permittendum? Ita videri poteſt: cùm mortis cauſa donationes per omnia ferè ultimis voluntatibus comparentur, §.1.*ſup. de donat.* 2

Digitized by Google

nat.l.ult.C.de mort.ca.don. Placuit tamen, poſſe filiumfamil. permittente patre mortis cauſa donare; nimirum quia donatio mortis cauſa, etſi in pleriſque jure ultimæ voluntatis cenſetur, in quibuſdam tamen naturam negotii inter vivos & contractus habet, *l.ſenatus 35. §. 3. de mort. ca. don.* Maximèque in eo, quòd ad eam perficiendam traditione aut conventione opus eſt, ut pluribus oſtendimus *in d. §. 1.* ac proindè hactenus etiam eodem jure cum conventionibus haberi, hoc eſt, privatorum arbitrio regi debet, perindeque habendum, ac ſi pater ipſe per interpoſitam filii perſonam donaſſet, in eoque uſus eſſet filii miniſterio, *l.9.§.2.de donat.* Atque hanc ob cauſam, etſi filii quoque perſona in hac donatione ſpectatur, tum in ea perficienda, tum infirmanda: putarem tamen, etiam patrem eam revocare poſſe, *cum Bart.in l. 2. §. 1. de donat. Aug. & Io. Fab.hic.* nam quod traditum eſt de teſtamentis, ea non debere pendere ex alieno arbitrio, *l. illa inſtitutio 32.de hær.inſt.* protinus ad mortis cauſa donationes trahendum non eſt. Non obſtat iis, quæ diximus, Argumentatio Ulpiani *in l.1.§.1. de tut.& rat.diſtr.*concludentis, ei, cui teſtamenti factio permiſſa non eſt, nec permittendum eſſe mortis cauſa donare: procedit enim iſta argumentatio in patrefamil. qui bona propria habet; ſed teſtari non poteſt propter ætatem & defectum judicii, qualis eſt pupillus, de quo etiam Juriſconſultus loquitur. Hinc jam illud quæſi-
3 tum eſt, ſi filius famil.teſtamentum cùm conſenſu patris condiderit adſcripta clauſula, *ſi non valeat jure teſtamenti, valeat jure codicillorum, aut cujuſcumque ultimæ voluntatis vi*, num in hac ſpecie voluntas filii ſubſtineri debeat ſaltem in vim donationis cauſa mortis. Et vulgò placuit, debere: quoniam appellatione ultimæ voluntatis etiam mortis cauſa donatio continetur; & in propoſito clauſula illa, *aut cujuſcumque ultimæ voluntatis*, in nulla alia ſpecie ultimæ voluntatis verificari poteſt, quàm in donatione mortis cauſa; quæ utique patris conſenſu facta valet, ut jam demonſtratum eſt. Ita *D. Vigl. hic n. 10. Clar. §. donatio, quæſt.6.n. 8. Theſſaur. deciſ. 150. Fachin. 5. contr. 64.*

Exceptis iis, quos antea enumeravimus] Qui ſcilicet caſtrenſe & quaſi caſtrenſe peculium habent. In his enim bonis filiifam. beneficio Principum teſtamenti factionem habuerunt, *§. vel præced. tit. l. ult. C. de inoff. teſt. l. pen. & ult. C. hoc tit. l. 7. §. ult. de donat.* & quoad cætera quoque in hoc peculio pleniſſimo jure patrumfam. uſi ſunt, *l. 2. de ſen. Mac. leg. 4. de judic.* excepto quòd inteſtati morientes in eo etiam exitum filiorum familias patiebantur, *leg. 2. de caſtr. pecul.* de quo mox uberiùs.

Quod jus ab initio tantùm militantibus, &c.] Refert Imperator, quibus gradibus ad ſummum, ejus juris, quod filiifam. in caſtrenſibus habent, perventum eſt. Initium ejus Auguſto tribuit (Ulpianus Julio, *leg.1. de teſt.mil.*) progreſſum Nervæ & Trajano, (Ulpian. *d. loco* etiam Titii & Domitiani meminit; patetque ex illo Juvenalis *ſat. ult.*

Solis præterea teſtandi militibus jus
Vivo patre &c.

ſub Domitiano idem obtinuiſſe: conſummationem Hadriano: quippe illi militantibus tantùm hic etiam veteranis de eo, quod in caſtris acquiſiverunt, cæteroque peculio, quod militiæ beneficio adepti ſunt, *l.11. de caſtr.pec.* vivis parentibus, quorum in poteſtate ſunt, teſtandi facultatem dedit, ita ut quod antea ſolorum militum erat, id bonorum privilegium reſcripto Hadriani factum ſit. Illud intereſt, quòd veteranis non niſi jure communi, militibus etiam ſuo, id eſt, militari jure, teſtamentum facere permiſſum eſt. Veterani autem dicebantur, qui vel exauctorati ſub vexillo adhuc retinebantur, cæterorum immunes, niſi propulſandi hoſtis; vel qui confectis legitimis ſtipendiis protinus dimiſſi erant, *ἀφέσεως ἐντίμου τυχόντες.* Conſule commentaria D. Lipſii *in lib.1. Anna. Taciti*, ubi & de annis legitimæ militiæ.

Ad parentes eorum jure communi pertinet] Utut patri in peculio caſtrenſi vivente filio nihil juris habuerit, ipſique filio conceſſum, in eo, quem vellet, hæredem ſibi inſtituere: tamen diu jus vetus hactenus patri conſervatum fuit, ut filio inteſtato mortuo jure peculii etiam bona caſtrẽſia ad patrem redirent, eademq; hoc caſu adhuc eſſet conditio caſtrenſis peculii & pagani, nec in illo magis, quàm in hoc, filiusfam. hæredem ab inteſtato haberet, *l.2.l.9.l.14.de caſtr. pec.* Cæterum huic juri poſteriorum Principum conſtitu- 4
tionibus derogatum eſt; & primùm liberis militis aut veterani inteſtato mortui, deinde fratribus bona caſtrenſia jure hæreditatis delata, & tertio ordine parentibus: id quod hic locus apertè oſtendit, atque ex eo etiam perſpicuum eſt, quòd filiiſam. etiam in bonis adventitiis, maternis & materni generis, lucriſque nuptialibus, eoſdem hæredes habere placuit, *l.3.l.4. de bon.quæ lib.l. ult.Cod. comm.de ſucceſſ.* quibus tamen in bonis plus patri relictum, quàm in caſtrenſibus. Igitur quod hic Imp. ait, filiorumfam. inteſtato decedentium bona caſtrenſia, non extantibus liberis aut fratribus, ad parentes pertinere jure communi, non ſic accipiendum eſt, ut Cujac. Hotom. Pacius, Fabrotus, & ferè quotquot ſunt, fecere, jure peculii ſecundùm jus antiquum, quo filii morte etiam peculium caſtrenſe, non quaſi hæreditas, ſed quaſi peculium & quaſi à patre profectum, ad patrem redibat; verùm jure ſucceſſionis ſeu hæreditatis, quæ tertio loco parentibus ab inteſtato defertur ex conſtitutionibus Principum, novo quidem ſed communi jure. Nam ſi jure peculii ea bona adhuc ad patrem redire oporteret, nemo in iis patri præponi poſſet, ac nec cuiquam deferri poſſent jure hæreditario; ſed pater tamquam jam olim ſua & à ſe profecta ſtatim occuparet: niſi quis putet cum Viglio, dici poſſe, liberis aut fratribus ſuperſtitibus, jus patris quieſcere; illis autem deficientibus, priſti-

num jus patri integrum relinqui. Sed hanc interpretationem prædictæ conſtitutiones non ferunt, quæ omnes loquuntur de jure & ordine ſucceſſionis: add. quæ ſcripſi ad *§. ult. inf. de leg. agn. ſucc.* Plurimum verò intereſt, utrùm dicamus, jure peculii, an hæreditario ad patrem hæc bona pertinere; quippe illo caſu, mortuo filio ipſo jure apud patrem remanent, quaſi perpetuò ipſius fuerint; hoc caſu, ſine aditione nec acquiri, nec tranſmitti poſſunt; illo caſu, peculio tantùm tenus creditoribus filii reſpondere tenetur; hoc, in ſolidum, niſi inventarium confecerit, *§. 1. inf. de hær. qual.* Illo denique caſu matrem excludit, hoc caſu non item. Hodie jus liquidum eſt; atque hæc diſputatio penitus ſublata. Conſtat enim ex *Nov.* 118. bona filiifam. ſive caſtrenſia ſive pagana adventitia non ampliùs jure peculii, ſed hæreditatis patri deferri: nec jam ordine tertio ſed ſecundo, ita ut cum eo mater ſimul & fratres defuncti admittantur.

Ex hoc intelligere poſſumus &c.] Subjiciuntur hic quædam alia jura, quæ filiusfam. in caſtrenſi peculio habet, & nimirum hæc tria: primum quòd hoc peculium ita filii proprium eſt, ut pater id ei adimere non poſſit; alterum ſuperiori conſequens, quòd creditores patris id vendere aliove modo inquietare nequeant; tertium, quòd patre mortuo id filius præcipuum habeat, nec cum fratribus communicare, aut his conferre cogatur. Quæ cuncta, aliaque plura, etiam jure veteri obtinuerunt: nam ut ante dictum eſt, filiusfam. in caſtrenſi peculio in omnibus jure patrisfa. fungebatur, tantùm inteſtatus tamquam filiusfam. decedebat, *l. 2. de ſent. Mac. l. 4. de judic. l. 4.*
5 *de caſtr. pec. junct. l. 2. eod.* Quæ autem hic traduntur, olim erant caſtrenſis peculii propria, hodie verò caſtrenſi cum pagano adventitio ſunt communia: nam nec adventitia bona pater filio nunc adimere poteſt: & quod olim in caſtrenſibus juris erat, ut fratribus non conferrentur, *l. 1. §. nec caſtrenſe 15. de collat.* idem hodie obtinet & in adventitiis, *l. ult. C. eod. tit.* In ſolo profectitio peculio nihil mutatum eſt, ſed quemadmodum id totum patris manſit, ita poteſt filio id pater adimere: ita patre mortuo cum fratribus communicandum: ita filius patri debet, ut id creditores paterni ſibi habeant. Nam quãdo ab Ulp. traditum eſt *l. 1. §. ſed utrum 4. in fin. de minor. ib.* ſi patris bona à fiſco propter debitum occupata, ſunt peculium profectitium filio ex conſtitutione Claudii ſeparari, id ſpecialis humanitatis eſt. Princeps dum jus fiſci minuit, ſuum minuit: at alteri jus quæſitum auferre non debet. *l. 2. de his qui ſui vel al. jur.* & fortaſſis debitum κατ' χρηστικῶς Juriſconſultus accepit, pro debito ex cauſa delicti damnato patre. Nullam certè rationem habet, quod D. Viglius putat, ex cauſa delicti peculium à fiſco occupari, at non ex cauſa debiti; longè enim major ratio eſt, ut peculium filii ſeparetur patre damnato, quàm, cum fiſcus venit ut verus creditor: quippe cùm in pœna nec privilegium habeat, ſed creditoribus poſtponatur, *l. 11. l. in ſumma 17. l. quod placuit 37. de jur. fiſc. l. un. C. pœn. fiſcal. cred. præf. lib.* 10. Ergo, inquit, non fiſcus, ſed filius damnato patre actione de peculio conveniendus eſt, contra quam reſpondet idem Ulp. *l. 1. §. 4. quand. act. de pec. ann.* Reſpondeo, fiſcum etiam ea actione teneri, ſed tunc cum filius peculium repudiavit: alioqui conventum exceptione ſe tueri, & creditores ad filium remittere poſſe.

Quamquam jure civili omnium, qui in poteſtate] Perplexè & ſalebroſè hæc traduntur. Jure civili antiquo filiusfamil. omnia patri acquirebat, haud ſecus ac ſervus domino, uti dictum eſt *§. 1. ſup. per quas perſ.* Primus Auguſtus excepit peculium caſtrenſe, aut potiùs milites in cauſa hujus peculii; Hadrianus etiam veteranos: mox & quaſi caſtrenſe peculium exceptum: procedente tempore etiam adventitium, & præcipuè conſtitutionibus Juſtiniani: non tamen ut per omnia eodem jure peculium adventitium apud filium eſſet, quo caſtrenſe & quaſi caſtrenſe, ſed ut ille ejus proprietatem, pater uſumfructum regulariter haberet, *d. §. 1. l. cum pater 6. C. de bon. quæ lib.*

Præter hos igitur, qui caſtrenſe peculium vel quaſi] Quamvis non tantùm caſtrenſe & quaſi caſtrenſe peculium, ſed quædam etiam bona filii adventitia ex conſtitutionibus patri non acquirantur; atque à Juſtiniano in univerſum adventitiorum omnium proprietas filio conceſſa ſit: in duobus tamen iſtis generibus dumtaxat jus teſtamenti faciendi ei permiſſum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cum, quod regulare eſt, filius tantùm nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater uſumfructum: ſed cùm ſint quidã caſus, quibus filio plena & ſolida proprietas acquiritur, anne tunc quidem de his bonis teſtari poſſit, non ſatis convenit. Caſus unus jam tum erat, cùm Inſtitutiones componerentur. Nam *in l. ult. Cod. de bon. quæ lib.* ſic à Juſtiniano conſtitutum eſt, ut ſi filio hæreditas aut legatum fideive commiſſum delatum ſit, & pater filio conſentire nolit, ut hæreditatem adeat, aut relicta agnoſcat, filius propria auctoritate patre invito id facere poſſit, & ſibi hoc facto, quod relictum eſt, in totum acquirat. Novellis conſtitutionibus plures hujuſmodi ſpecies introductæ. Idem enim obtinere placuit in rebus filiofam. ea lege datis, ut ne uſusfructus ad patrem perveniat: item in hæreditate fratris aut ſororis, ad quam una cum filio pater admittitur: poſtremò etiam in iis rebus, quæ filio deferuntur patre divortium faciente ſine cauſa, *auth. excipitur, cum 2. ſeqq. C. de bon. quæ lib.* An igitur ne his quidem caſibus filio permiſſum de peculio adventitio te- 6
ſtari? Sunt qui putant, permiſſum eſſe, & Triboniano hæc ſcribenti in mentem non veniſſe, *l. ult. §. ipſum autem 5. verſ. filii autem, C. d. tit.* ubi Juſtinianus dumtaxat eo caſu, quo apud patrem uſusfructus eſt, filium de bonis adventitiis teſtari non permittit: inde enim à ſenſu contrario colligunt, in altera ſpecie adventitiorum id ei licere. Probabilis ſanè collectio, niſi ipſe Juſtinianus poſteà mentem ſuam clarè expoſuiſſet. Nam

cùm

Digitized by Google

cùm hæc ipſa quæſtio jam tum ætate Juſtiniani, nec multò poſt emiſſa *d.l. ult.* exorta eſſet, ipſe nova conſtitutione edita dubitationi occurrit, quæ eſt, *l.pen.C.qui teſt.fac.* qua declarat, minimè ſibi in conſtitutione nuper à ſe promulgata propoſitum fuiſſe, filiisfam. in bonis adventitiis permittere teſtamenti factionem, ſive cum conſenſu, ſive ſine conſenſu patris bona poſſideant, ac proindè ſive nudam ſive plenam eorum proprietatem habeant; ſed in hoc antiquam legem per omnia ſervari jubet. Conferantur inter ſe conſtitutiones, perſpicuè apparebit, alteram alterius explicandæ, & *d.l.pen.* tollendi erroris gratiâ, cui verba §.5. *d.l.ult.* cauſam dederant, ſcriptam eſſe. Non enim alia lex per eam, quam *in d.l. pen.* ait à ſe promulgatam eſſe, intelligi poteſt, quàm in qua extat diſtinctio illa, cujus meminit, & ad quam ſe refert in *d.l.pen.* utrùm ſcilicet filius bona poſſideat cum conſenſu, an ſine conſenſu patris: at illa diſtinctio extat in una *d. l. ult.* nuſquam alibi. Sed quid quærimus ampliùs? Negat expreſsè *in d.l.pen.* ſe jus teſtandi filio permittere in bonis, quæ poſſidet ſine conſenſu patris: atqui horum plenam proprietatem filio *in d. l. ult.* conceſſerat, neque erat tunc alius caſus, quo uſusfructus in hoc genere peculii ad patrem non pertinebat. Adhæc jubet circa filiorumfam. teſtamenta per omnia obſervari legem antiquam. Nulla verò lege antiqua filiofam. teſtamentum facere permiſſum, præterquàm de bonis caſtrenſibus & quaſi caſtrenſibus: neque conceſſio plenæ proprietatis mutat qualitatem peculii, quę ex ſola cauſa acquirendi æſtimatur. Ridiculi autem ſunt, qui per legem antiquam intelligunt ipſius Juſtiniani aliquam conſtitutionem, nominatim illam ipſam, quam explicat, *l.ult.C.de bon.quæ lib.* Non potuit, niſi abſurdiſſimè, antiquam appellare, quam initio *d.l.pen.* profitetur nuper à ſe promulgatam, nec ullas ſuas ipſius leges antiquas, cùm nulla tunc eſſet biennio aut triennio vetuſtior. Noviſſimo jure etſi filiofam. quædam alia ejuſdem generis bona pleno jure proprietatis conceſſa ſunt: nullibi tamen jus de iis teſtandi ei datum legimus. *Nov.117.* permittitur filio de hujuſmodi bonis quovis modo diſponere: at in Græco eſt [illegible], quod teſtamenti factionem non comprehendit; & ſine eo etiam apertiſſimum eſt eo loco intelligi tantùm diſpoſitionem inter vivos & liberam horum bonorum adminiſtrationem; quippe cùm hæc diſpoſitio ei tantùm permittatur, qui perfectæ ætatis eſt, hoc eſt, filiofam. majori 25. annis: cæteroquin curatores ei dari jubentur, cùm tamen minor 25. annis etiam curatorem habens, poſt annum decimum quartum teſtamentum facere poſſit, *l.5. hoc titul.* At, inquies, quod conceditur inter vivos, id multò magis licere debet in ultima voluntate, *arg. tit. de leg. Fuſ. Can. toll.* Reſpondeo, hanc propoſitionem nec perpetuò veram eſſe, de quo vide *Everhard. in Top.* & procedere tantùm in objecto præſuppoſita habilitate perſonæ, quæ deficit in filiofamil. Sic etiam non procedit in filiofam. argumentum ductum à jure plenæ proprietatis, quaſi eo jure conceſſo omnia conceſſa intelligantur, quæ patrifam. in re ſua, ut jus liberrimo moderatori & arbitro permiſſa ſunt. Patet hoc ex eo, quòd filiifam. patroni cauſarum, magiſtri liberalium artium, &c. etſi plenam proprietatem peculii quaſi caſtrenſis olim habebant, jus tamen de eo teſtandi ante Juſtinianum non habuerint, *§. ult. præc. tit.* Nimirum ut dictum eſt in pr. qualitas filiifam. obſtat, quominùs teſtari poſſit: ut autem poſſit de caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio, non ex eo eſt, quòd ſimpliciter plena ejus proprietas filio conceſſa; ſed quia placuit id eum habere ſub qualitate patrisfam. ut etiam de eo teſtari poſſet. Nihil movet, quòd filius in hac ſpecie adventitiorum hæredem ab inteſtato habet: nam & in altera ſpecie, cum nuda ejus eſt proprietas, habet. Poteſt ex lege hæredem habere, etſi ſibi hæredem facere non poteſt: & in caſu, *Nov.22. cap.26.* ponendi ſunt termini habiles filii emancipati; alloquin ſequeretur, etiam de iis adventitiis filium teſtari poſſe, quorum uſusfructus ad patrem pertinet. Poſtremò nullam admodum cauſam video, cur filiofam. teſtandi facultas in una ſpecie adventitiorum concedatur, in altera denegetur: nam ſola uſusfructus à proprietate ſeparatio impedire non poteſt, quominùs jus ſit de proprietate teſtãdi, *inſ. de hær. inſt. in pr. l. rectè dicimus 25. de verb. ſign.* Atque hæc etiam communis eſt interp. ſententia. Porrò hoc conſtituto, filiumfam. de bonis adventitiis teſtamentum 7 facere non poſſe; tractari tamen adhuc poteſt, an non ſaltem de his bonis codicillos facere poſſit, cùm hæredem in his bonis ab inteſtato habeat, quem onerari poſſe fideicommiſſo conſtat, *§. præterea, inſ. de fideicomm. hær.* Sed magis eſt, ut nec codicillos facere poſſit, propter regulam juris; *Qui non poteſt facere teſtamentum, nec poteſt codicillos, l.6. §. pen. de jur. cod. l.1. §.2. de leg. et. 3.* Quem lex ei hæredem dedit, cum omnino omnia bona, quæ poſt mortem relinqueret, habere voluit, & quaſi addixit: tum vi ipſa non multum intereſt, hæredem ſibi quis teſtamento inſtituat, an per fideicommiſſum alicui hæreditatem ſuam reſtitui jubeat. Planè mortis cauſa donationem in bonis, de quibus agimus, filio permittendam eſſe exiſtimarem, & quod aliàs patris conſenſu poteſt, *l. tam is 25. §. 1. de mort. ca. don.* id ei hic licere etiam ſine conſenſu patris; *argument. Nov. 117.* & eorum, quæ diximus in exegeſi verborum hujus pr. *Quamvis parentes eis permiſerint, Diſſ. Anton. Fab. deciſ. 43. er. 6. & ſeq.* ubi nec in bonis caſtrenſibus donationem mortis cauſa filiofamil. conceſſa fuiſſe contendit, contra expreſſum textum *in leg. 7. §. ult. de donat. vid. Div. Guil. Maſ. lib. 6. ſing. opin. cap. 6. & ſeq.* ubi ex profeſſo argumenta omnia Fabri diluit.

Licèt ſuæ poteſtatis deceſſerit] *l. ſi filius fam. 19. hoc tit.* Eſt autem hoc jus generale, ut ſi quis tempore teſtamenti facti non habuerit teſtamenti factionem, teſtamentum ab eo factum non va-

leat, etſi poſtea teſtamenti factionem habere cœperit, *§. ſeq. leg. 4. eod. l. 1. §. exigit 8. de bon. poſſeſſ. ſec. tab.* obtinetque hic etiam regula Catoniana, *l. 1. de reg. Cat. l. quod initio 3. de reg. jur.* Interpretes communiter duos caſus excipiunt, quibus filiusfam. rectè etiam de bonis adventitiis teſtetur, utique conſentiente parte; ſi quid relinquat in pios uſus; ſi liberos ſuos hæredes faciat: illic voluntatem filii ſuſtineri favore piæ cauſæ, hic favore liberorum. *Tiraquel. de priv. piæ cauſ. cap. 78. Clar. §. Teſtamentum, quæſt. 5. Tulden. hic cap. 11. Iac. Vermey art. teſt. cap. 4. fac. cap. 4. de ſe-*
3 *pult. in 6. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 4. num. 6.* ubi in caſu poſteriore nec conſenſum patris requirit. Moribus harum regionum liberi omnes, qui modò ea ætate ſunt, qua teſtamentum condi poteſt, de bonis maternis cæteriſque adventitiis omnibus rectè teſtantur, neque conſenſu patris ad eam rem opus eſt, *D. Elbert. Leonin. lib. 6. emend. cap. 3. in fin. Perez Cod. qui teſt. fac. num. 10. Groenew. d. ll. abrog. hic, & ibi laudat.* quod & in Hiſpania obtinet, *leg. 5. Tauri & ibi Gomez.* atque in Germania quomodò receptum, utique ſi liberi ſeorſum à patre habitent. *Reuſner. par. 2. c. 23. n. 26. de teſtam.* De Gallia idem teſtatur *Lud. Charond. in memorabil.* In Friſia tamen etiam in hac parte obtinet jus civile. *D. Ioan. à Sande lib. 4. tit. 1. de fin. 1.*

TEXTUS.

De impubere & furioſo.

1. *Præterea teſtamentum facere non poſſunt impuberes; quia nullum eorum animi judicium eſt. Item furioſi; quia mente carent. Nec ad rem pertinet, ſi impubes poſtea pubes, aut furioſus poſtea compos mentis factus fuerit, & deceſſerit. Furioſi autem ſi per id tempus fecerint teſtamentum, quo furor eorum intermiſſus eſt, jure teſtati eſſe videntur: certè eo, quod ante furorem fecerint, teſtamento valente. Nam neque teſtamentum rectè factum, neque ullum aliud negotium rectè geſtum, poſtea furor interveniens perimit.*

NOTÆ.

1. *Præterea*] *l. 5. hoc tit. l. 19. §. 1. de capt. & poſtl.* adde & alios ex *l. 8. 9. 10. & 11. D. h. t.*

Nullum animi judicium] Nullum plenum, nullum tale, quale requiras in eo, qui de omnibus facultatibus ſuis una perpetua diſpoſitione ſtatuere cogitat. Ulp. *tit. 20. §. 11. l. ult. C. de teſt. mil.*

Furioſi] *l. 9. C. hoc tit. l. 5. Cod. de cod.* Pertinent autem huc & cæteri, qui mente carent, *l. 2. l. 13. in fin. de inoff. teſt.*

Poſtea pubes, &c.] Propter regulam, ut jam diximus, Catonianam.

Quo furor intermiſſus] In induciis ſuis, ſi quas habent, *d. l. 9.* quo tempore & teſtes rectè adhibentur, *l. 20. §. 4. D. hoc tit.*

Quod ante fecerint valente] Aliud juris eſt, ſi teſtator capite minuatur, *§. 4. infr. quib. mod. teſt. inf. l. 6. §. 5. & ſeqq. D. de injuſt. rupt.* nam tunc conditio perſonæ teſtatoris ita mutatur, ut omnino teſtamentum habere nequeat, ac ne heredem quidem.

Aliud negotium] Adeò ut ne matrimonium quidem furore ſuperveniente ſolvatur, *l. 8. de his qui ſui vel al. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Impuberes nec tutore auctore teſtamentum facere poſſe.*
2 *Teſtamentum à furioſo factum tempore dilucidi intervalli ſuſtineri. Et quid ſi de eo dubitetur.*
3 *Cur furor poſtea incidens, &c. teſtamentum antea factum non vitiet, capitis minutio vitiet.*
4 *Quando locus ſit regulæ: Quæ ab initio rectè conſtituta ſunt reſolvi, cum in eum caſum pervenerunt, unde incipere non poſſunt.*

Q*Via nullum eorum animi judicium eſt*] Impuberes intelliguntur, qui nondum annum ætatis decimum quartum compleverunt, id eſt, qui nondum ad ſupremum anni decimi quarti diem pervenerunt. In fœminis annus eſt duodecimus, *l. 5. hoc tit.* Horum ait nullum eſſe animi judicium, nimirum nullum plenum ac ſolidum nullum tale, quale requiras in eo, qui de omnibus facultatibus ſuis una perpetua diſpoſitione ſtatuere cogitat. An igitur non ſaltem tutore auctore impuberi permittendum teſtamentum facere, uti poteſt eo auctore res ſuas alienare, hæreditatem adire, bonorum poſſeſſionem petere, aliaque facere, etſi perfectum animi judicium requirant, ut hic etiam quod impuberis judicio deeſt, tutoris prudentia ſuppleatur? Nequaquam. Nam alia- 1
rum actionum periculum tutores præſtant, & finita tutela eorum rationem pupillis eorumve heredibus reddunt; hujus verò reddere non poſſunt. Deinde teſtamenta non arbitrio alieno, non precario, ſed ipſorum teſtatorum prudentia fieri debent: ne quid temerè & inconſultò per aliorum molimina in præjudicium familiarum & agnationis ſtatuatur, & alieni potiùs quàm cognati, cognati remotiores potiùs quàm proximi, hæreditatem conſequantur. Quin tutores, ſi hanc poteſtatem iis permittimus, ſemper operam dabunt, ut non alii, quàm quibus lucrum ſperant, hæredes inſtituantur. Puberes autem teſtamenti factionem habere placuit ſtatim à decimo quarto aut duodecimo anno completo, nec curatoris in eo conſenſum intervenire, *d. l. 5. hoc tit. l. Aurelio 20. §. 1. de lib. leg.*

Item furioſi] Furioſi quid à mente captis differant, docui *ſup. tit. de curat. §. ſed & 7.* nimirum furioſum quidem omnem & mente captum eſſe ſive dementem; at contra non omnem mente captum eſſe & furioſum: cumque mente captus à furioſo diſtinguitur, ut plerumque fit, eum intelli-

Digitized by Google

gi, qui cum ſana mente non ſit, in quiete eſt, nec ut furioſi ſolent, agitatur & fertur præceps. Cæterum nihil refert in ullo actu aut negotio, demens quis ſit ſimpliciter, an ad dementiam accedat & furor; conſtatque, quamvis furioſi tantùm hic mentio fiat, ad omnes, qui mente carent, hæc pertinere, *leg. 2. leg. Titia, 13. in fin. de inoff. teſt.*

2 *Quo furor intermiſſus eſt*] Furioſus per id tempus, quo furor intermiſſus eſt, teſtamentum jure facere poteſt, *l. 9. C. hoc tit.* quemadmodum & teſtis tempore intermiſſionis rectè adhibetur, *l. qui teſtamento 20. §. 4. hoc tit.* Cæterum ut valeat teſtamentum, neceſſe eſt, ut id uno eodemque tempore remiſſionis perficiat: nam ſi cœpto teſtamento & necdum perfecto furor eum iterum invaſerit, nihil actum eſt, etiamſi poſtea remiſſo denuò furore id, quod cœpit, perficiat, *d. l. 9.* Quid ſi proferatur teſtamentum conditum à furioſo, quem certum eſt habuiſſe dilucida intervalla, incertum autem ſit, quo tempore id fecerit? Et ſiquidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfam. ſanæ mentis ſic diſpoſiturus fuiſſe judicetur, pro teſtamento reſpondendum & credendum intervalli tempore factum D. Viglius cenſet: cui aſſentior. Pertinet huc quod Val. Maximus *lib. 7. cap. 8.* refert de Tuditani hominis certæ ac notæ inſaniæ teſtamento; quod è centumviris confirmatum ait; *magis quid ſcriptum eſſet in tabulis, quàm quis ſcripſiſſet, conſiderandum exiſtimantibus, add. Boer. deciſ. 23. num. 81. Mynſ. 4. obſ. cent. 2. Mantic. de conj. ult. vol. lib. 2. cap. 2. num. 7. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 4. nu. 8. Diod. Tulden. commen. hic, cap. 3. Graſſ. §. teſtamentum quæſt. 21.*

Eo, quod ante fecerint, teſtamento valente] *d. l. qui teſtamento 20. §. 4. hoc tit.* Similiter nec interdictio bonorum ſuccedens, nec auditus ſermoniſve amiſſio teſtamentum ante factum vitiant, §§. *ſeq. l. 6. §. 1. l. is cui 19. eod.* Palam igitur eſt, his caſibus unum tantùm tempus inſpici teſtamenti facti, ac ſufficere eo tempore teſtatorem habuiſſe teſtamenti factionem, etſi tempore mortis non habuerit. Proindè cum Juriſconſultus in *l. 1. §. exig. 8. de bon. poſſ. ſec. tab.* ait, prætorem exigere, ut is, ex cujus teſtamento bonorum poſſeſſio petitur, utroque tempore jus teſtamenti faciendi habuerit, & cùm faceret teſtamentum, & cum moreretur, intelligere debemus, eum non hoc velle bonorum poſſeſſionem ex teſtamento non dari, ſi teſtator tantùm tempore teſtamenti facti jus teſtandi habuerit, ſed non dari ſi habuerit tantùm tempore mortis, non etiam tempore conditi teſtamenti, ut exempla illic propoſita oſtendunt.
3 Sic autem jus eſt in mutatione, quæ ſalvo ſtatu & fortuitis teſtatoris contingit, cujuſmodi ſunt ſuperiora. Quòd ſi qua mutatio poſtea inciderit, per quam capite teſtator minuatur, puta ſi ſervus fiat, in inſulam deportetur, ſi ſe adrogandum det, teſtamentum infirmatur atque irritum fit, *§. 4. inf. quib. mod. teſt. infr. leg. 6. §. irritum 5. & ſeqq. de injuſt. rupt. teſt.* & ratio manifeſta eſt, Quippe his modis non tantùm amittitur teſtamenti factio, ſed etiam conditio perſonæ teſtatoris ſic mutatur, ut omninò teſtamentum habere non poſſit, ac ne hæredem quidem. Furioſus verò & prodigus & ſi teſtamentum facere non poſſunt, nihil tamen prohibet, quò minùs hæredem ex teſtamento antea facto habeant, & præcedens eorum voluntas exitum ſortiatur.

Neque aliud negotium rectè geſtum] De matrimonio idem traditur, *l. 8. de his qui ſui vel al. jur.* In cæteris quoque negotiis quin idem juris ſit, dubitandum non eſt, ſive rem ſuam ante furorem alienaverint, de quo nemo ambigit; quoniam negotia perfecta & penitus conſummata nullo eventu infirmari poſſunt: ſive ſtipulanti aliquid promiſerint, aut aliàs ſe obligaverint, licèt hic aliquid deſit ad conſummationem negotii: ſed hoc à curatore expediri poteſt. Neque enim in omnibus probata eſt ſententia eorum, qui ea, quæ ab initio rectè atque utiliter conſtituta ſunt, reſolvi putaverunt, cùm in eum caſum incidiſſent, à quo incipere non poterant, *l. exiſtimo 98.* 4
l. pen. de verb. obl. l. in ambiguis 85. §. 1. de reg. jur. §. ex contrario 14. inf. de legat. ſed tunc tantùm cum caſus incidens impedit, quominùs, quod cœptum eſt, perfici atque ad finem ſuum perduci queat, ut evenit incidente capitis deminutione teſtatoris. Qua de re fortaſſis pluſcula ad *d. §. ex contrario.*

TEXTUS.

De prodigo.

2. *Item prodigus, cui bonorum ſuorum adminiſtratio interdicta eſt, teſtamentum facere non poteſt: ſed id, quod ante fecerit, quàm interdictio bonorum ſuorum ei fiat, ratum eſt.*

NOTÆ.

2. *Bonorum adminiſtratio interdicta*] *l. 18. h. t.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio, quamvis curatores ſibi acceperint: neque enim his interdicta bonorum adminiſtratio, ut malè Don. ad *l. 6. de verb. obl. n. 9.*

COMMENTARIUS.

QUi bona ſua profundunt, nec modum nec finem impenſarum habentes, prope à furioſis abſunt. Planè enim, quod ad bona ipſorũ pertinet; furioſum faciunt exitum, ut inquit Juriſconſultus, *l. his qui 12. in fin. de tut. dat. ab his*, quam ob cauſam placuit hujuſmodi hominibus bonorum adminiſtrationem interdici: qua interdictione & teſtamenti factio ipſis adempta intelligitur; quippe qui non ſaniore judicio, quid de rebus ſuis poſt mortem fieri velint, ſtatuturi creduntur, quàm eas tractarent, ſi libera earum adminiſtratio ipſis permitteretur, *l. is cui 18. hoc t.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio eſt:

eſt: neque enim his bonorum adminiſtratio interdicta eſt, ut malè Don. ad *leg. 6. de verb. obli. num. 9.* ſed ſi velint, curatores accipiunt; quibus quidem tum adminiſtratio permittitur, nec jam ampliùs ipſis minoribus, ſed in hunc maximè finem, ne minores in contrahendo circumveniantur, quod in teſtamento non metuitur.

Quod ante fecerit] *d. l. is cui*. Teſtamentum enim, quod interdictione vetuſtius eſt, eadem ratione valere debet, qua quod factum eſt ante furorem. Imperator Leo *Nov. 39.* prodigo permittit τὰ συμφέροντα διοικεῖν, ea facere, quæ ipſi conducunt; & ratum quoque teſtamentum ejus eſſe jubet, in quo mores prodigi non apparent. Quod Viglio videtur naturalem æquitatem habere. Fortè id admittendum fuerit, ſi quædam non levia argumenta ſaniorum morum præceſſerint, Per. *l. 1. de cur. fur.* Vide Sande *lib. 4. tit. 1. defin. 3. Groenew. de ll. abr. hic*. Hic autem locus confirmat, quod ſupra §. *furioſi 3. de curat.* aſſeruimus: prodigum, quod attinet rerum adminiſtrationem & effecta juris civilis, non ſtatim cenſeri eum, qui ipſo facto prodigus eſt; ſed tunc demum, cum ei bonorum adminiſtratio interdicta eſt: interdici autem non ipſo jure, ſed cauſa cognita decreto magiſtratus.

TEXTUS.

De ſurdo & muto.

3. *Item ſurdus & mutus non ſemper teſtamentum facere poſſunt. Utique autem de eo ſurdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tardè exaudit. Nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil poteſt, non qui tardè loquitur. Sæpè enim etiam litterati homines variis caſibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Unde noſtra conſtitutio etiam his ſubvenit, ut certis caſibus & modis, ſecundùm normam ejus poſſint teſtari, aliaque facere, quæ eis permiſſa ſunt. Sed ſi quis poſt teſtamentum factum, adverſa valetudine aut quolibet alio caſu mutus aut ſurdus eſſe cœperit, ratum nihilominus manet ejus teſtamentum.*

NOTÆ.

3. *Non ſemper*] Olim non poterant, niſi à Principe impetraſſent, ut ſibi teſtari liceret, *leg. 7. h. t.* junct. *l. 9. §. 1. unde cogn.* Paul. 3. *ſent. 4.* Hodie & ſine eo, dummodò voluntatem ſuam declarare queant aut ſcripto, aut ſi ſurdi tantùm, etiam lingua. Quorum neutrum cadit in eum, qui natura ſimul & mutus & ſurdus eſt, *leg. 10. C. hoc tit.*

Noſtra conſtitutio] *leg. diſcretis 10. Cod. hoc tit.* in qua illud notatur, quod Juſtinianus credidit, eum qui ſurdus natus ſit, loqui poſſe. Fieri enim non poteſt, quin ſurdus natus, idem ſit & mutus. Plin. *lib. 10. cap. 69.* Alex. Aphrodiſ. *problem. 1. 138.*

COMMENTARIUS.

OLim etſi quis mutus tantùm erat, aut ſurdus, teſtamenti faciendi jus non habebat, niſi ſpecialiter à Principe impetraviſſet, ut ſibi teſtari liceret, *l. 7. hoc tit. junct. leg. pen. §. 1. unde cogn.* cujus juris ratio ſignificatur à Paulo *lib. 3. ſent. 4.* quia neque mutus teſtes rogare poteſt, neque ſurdus audit teſtimonium perhibentes. Unde cùm nemo quicquam à Principe impetrare poſſit, niſi qui ei preces ſuas aut voce aut ſcripto poteſt exponere, ſequitur, eos mutos, qui ſcribere neſciebant, omnino teſtari non potuiſſe. Juſtinianus, quod ſingulare & perſonale jus erat, jus commune fecit, & generaliter ſurdis omnibus vel mutis teſtamentum facere permiſit, (cum aliquo tamen temperamento.) ut jam ampliùs neceſſe non ſit ſingulos id precibus impetrare, *l. diſcretis 10. Cod. hoc tit.* Sic verò ille conſtituit, ut ſi quis mutus & ſurdus ſimul ſit, ſiquidem natura, is omnino teſtamentum facere non poſſit; ſin caſu, ut poſſit; ſi modò ante litteras didicerit, ut ſcripto voluntatem ſupremam exprimere queat. At ſi quis tantùm mutus ſit, aut ſurdus tantùm, ſive tales ſint natura, ſive morbo, his jure teſtari liceat eo modo, quo per rerum naturam voluntatem ſuam declarare poſſunt aut ſcripto aut lingua. Quod ne muto quidem tantùm, qui litteras neſciat, teſtamenti factio hac conſtitutione permittatur, confirmat id, quod modò dicebamus, eum, qui talis ſit, nec à Principe teſtandi licentiam obtinere poſſe. Illud in eadem conſtitutione abſurdi eſt, quod Juſtinianus credidit, eum qui ſurdus natus eſt, loqui poſſe & articulatam vocem edere; cùm nihil tam certum ſit; quàm ei, cui auditus à natura negatus eſt, & ſermonis uſum ablatum; nec eſſe naturaliter ſurdus, qui non iidem ſint & muti: Quod etiam Plinius teſtatur *lib. 10. cap. 69. Alex. Alphrodiſ. problem. 1. 138.*

Qui omnino non exaudit, &c.] Hæc plana ſunt. Notum enim eſt, eum, qui tardè aut difficulter exaudit, non ſurdum, ſed ſurdaſtrum dici, ὑπόκωφον, ſubſurdum: & eos, qui graviter aut ἀσαφῶς loquuntur, non mutos, ſed blæſos, balbos, μογιλάλους, appellari; mutos autem dici elingues & fandi impotes, ἀλάλους. Planè muti etiam illi habendi ſunt, qui ἀσήμως loquuntur, hoc eſt, ſine ulla certa ſignificatione vocis, ἀνάρθρῳ φωνῇ. *leg. mutum. 9. de ædil. edict. leg. 7. in fin. de ſupell. leg.*

Sed ſi quis poſt teſtamentum factum, &c.] Ob eamdem rationem, ob quam placere diximus, teſtamentum furioſi aut prodigi, quod furore aut interdictione bonorum vetuſtius eſt, non infirmari.

TEX-

Digitized by Google

TEXTUS.

De cæco.

4. *Cæcus autem non poteſt facere teſtamentum, niſi per obſervationem, quam lex Divi Juſtini patris noſtri introduxit.*

NOTÆ.

4. *Lex D. Iuſtini*] *leg.* 8. *C. h. t.* qua cautum, ut cæcus hæredem nuncupaturus præter ſeptem teſtes adhibeat & tabularium, qui voluntatem nuncupantis ſcriptura excipiat, aut ſi tabularii copia non ſit, octavum teſtem, omneſque ſubſcribant & ſignent.

COMMENTARIUS.

IN cæco nihil eſt, quod teſtamentum facere prohibeatur: nam teſtes accire ac rogare poteſt, & audire ſibi teſtimonium perhibentes. Quapropter & olim teſtamentum facere potuit, *Paul. 3. ſent.* 4. & nunc quoque poteſt. Cæterum forma nunc accuratior præſcripta, & quædam ſingularia in teſtamento cæci, ut fraus omnis, cujus hic major metus evitetur, conſtituta ſunt lege illa Juſtini, quæ hic commemoratur, & extat *leg. hac conſultiſſima* 8. *& Cod. hoc tit.* Sententia legis eſt, ut cæcus hæredem nuncupaturus (ineptum putavi monere, cæcum non aliter quàm per nuncupationem teſtari poſſe) præter numerum teſtium ordinarium adhibeat & tabularium, aut ſi tabularii copia non ſit, alium octavum teſtem qui voluntatem nuncupantis ſcriptura excipiat, cui deinde teſtes omnes & tabularius ſubſcribant, eamque obſignent, uti fit in teſtamentis ſcriptis: aut ſi priùs teſtamentum ſuum ſcripto comprehendi curavit, ut tabularius coram teſtibus eam ſcripturam palam legat, eaque lecta cæcus teſtetur hanc ſuam voluntatem eſſe; deinde omnes ſubſcribant & ſignent. Ubi hæc ſingularia notanda. 1. quòd non ſufficit voluntatis nuncupatio, niſi & ſcriptura accedat. 2. adhibitio octavi teſtis, qui teſtamentum ſcribat, aut antea ſcriptum recitet: 3. quòd is teſtis debeat eſſe tabularius publicus, ſi ejus copia eſt. 4. omnium ſubſcriptio & ſubſignatio.

TEXTUS.

De eo, qui eſt apud hoſtes.

5. *Ejus, qui apud hoſtes eſt, teſtamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit; ſive redierit, valet jure poſtliminii; ſive illic deceſſerit, valet ex lege Cornelia.*

NOTÆ.

5. *Quamvis redierit*] *l.* 8. *h. t.* nam poſtliminio non vitiatur Catonis regula. Codicilli autem ſcripti in captivitate ab eo, qui in civitate teſtamentum fecerat, eo reverſo convaleſcunt, quia principium eorum jam in civitate conſtitutum erat, nempe teſtamentum, quo confirmati ſunt, *leg.* 12. §. 5. *de capt. & poſtl.* ſimile eſt in *l.* 25. *eod.*

Ex lege Cornelia] Poſtliminii & legis Corneliæ fictio in omnibus partibus juris ſervatur, paſſim *D. & Cod. eod. t.* §. 5. *ſup. quib. mod. jus patr. pot.*

COMMENTARIUS.

1 *Etſi teſtamentum apud hoſtes factum jure poſtliminii non convaleſcat, codicillos tamen ibi factos convaleſcere.*

2 *Hodie in orbe Chriſtiano hujus §. uſum non eſſe, præterquàm ſecundùm quoſdam, ſi qui à Turcis, &c. capti fuerint.*

QVi apud hoſtes eſt*] *l.* 8. *hoc tit.* Ratio manifeſta eſt, quia captus jure belli ſervus fit hoſtium, ut autem teſtamentum conſiſtat, neceſſe eſt teſtatorem jus teſtandi habere, cum teſtamentum facit: nec poſtliminio vitiatur regula Catoniana. Sed nec obſides, niſi eis permittatur, teſtamentum facere poſſunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiſcus eorum bona occupat, *l.* 11. *hoc tit. l. Divus* 31. *de jur. fiſc.* Qui autem à prædonibus capiuntur, quia liberi manent, *l.* 19. §. 2. *de cap. & poſtlim.* teſtamenti factionem retinent, ut & illi, qui apud externos legatione funguntur, *l.* 13. *in pr. &* §. 1. *hoc tit. & lib. Cujac. add. Graſſ.* §. *teſtamentum, qu.* 25. *Vaſq.* 3. *contr.* 103. *num.* 1.

Sed quod, dum in civitate, &c.] Teſtamentum ante captivitatem rectè factum, etſi reipſa irritum ſit captivitate, fictione tamen juris ſuſtinetur. Eſt autem duplex in hac re fictio; poſtliminii, & legis Corneliæ, *l.* 6 §. *pen. de injuſt. rupt. teſt.* illa, ſi captus redierit, locum habet; hæc, ſi in captivitate deceſſerit. Illa fingit retro in civitate teſtatorem fuiſſe; hæc certò in civitate deceſſiſſe. Imperatores in *l.* 9. *C. de poſtlim. rev.* inconſideratè tribuunt legi Corneliæ, quod eſt juris poſtliminii. Quærat autem aliquis, cur cùm poſtlimio reverſus fingatur ſemper in civitate fuiſſe, & ita habeatur, ac ſi medio tempore nullà captivitas interceſſiſſet, non convaleſcat poſtliminio teſtamentum, quod quis tempore captivitatis fecit? Reſp. quia quod non eſt ante captivitatem id nec poſtliminium habere poteſt. Non obſtat, quòd codicilli in captivitate ſcripti ab eo, qui in civitate teſtamentum fecerat, eo reverſo jure poſtliminii convaleſcant: nam eorum principium & firmamentum jam in civitate conſtitutum eſt; nimirum ipſum teſtamentum, quo confirmati 1
ſunt, *l. in bello* 12. §. *codicilli* 5. *de capt. & poſtl.* Eadem ratione placuit, ſi uxor cum marito capta fuerit,

fuerit, eaque in captivitate ex marito enixa ſit, etiam liberos ibi natos jus poſtliminii habere, & reverſos cum parentibus juſtos liberos eſſe, *l. Divi 25. d. t.* nimirum quia nati ſunt ex matrimonio in civitate legitimè contracto. Illud nullius momenti eſt, quod Aretinus monet, eſſe regulam, *media tempora non nocere*, *l. 6. §. 2. l. ſi alienum 49. §. 1. de hær. inſt. §. in extraneis 4. inſ. de hæred. qual.* ac proindè videri ſupervacuam fictionem juris poſtliminii ad teſtamenta conſervanda. Quippe illa definitio ad hæredem pertinet non ad teſtatorem, cujus teſtamentum amiſſa civitate ſtare non poteſt. Fallitur autem Aretinus, dum reſpondet, procedere regulam, ſi medio tempore ſtatus teſtatoris mutatus non fuerit. Error hic perſpicuus eſt, *d. l. 6. §. 2.* & ſtatu non mutato, quæ, rogo, poteſt eſſe dubitandi ratio? Porrò non in hac tantùm parte juris, ſed etiam in cæteris omnibus & poſtliminii & legis Corneliæ fictio ſervatur, *l. 5. §. 1. d. l. in bello 12. §. 1. l. 16. l. in omnibus 18. & paſſim. de capt. & poſtlimin. & Cod. eod. §. 6. ab hoſtibus. ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.* Poſtliminio æquiparatur reſtitutio capite damnati, *leg. 6. §. pen. de injuſt. rupt. teſt.*

Ex lege Cornelia] *L. Lege Cornelia 12. hoc tit.* Hæc lex mortis & captivitatis tempora conjungit. Id eſt; fingit, eum qui apud hoſtes deceſſit, eo tempore, quo captus eſt, deceſſiſſe, civem & familiam habentem. Quo tempore, aut quó auctore lata ſit, non liquet. Quod D. Viglius putat, latam eſſe primo bello Punico ab aliquo ex familia Scipionum, conjectura eſt, nec ſatis probabilis. 2 Hodie in orbe Chriſtiano nullus hujus §. uſus eſt, niſi in iis, qui à Turcis aut id genus aliis Barbaris capti ſunt. Nam cùm, quod olim tantùm obtinebat in bellis civilibus, *leg. ſi quis 21. §. 1. de cap. & poſtlim.* nunc inter Chriſtianos conſuetudine generali invaluerit, ut bello capti ſervi hoſtium non fiant, ſed liberi & cives maneant, ac jus ſit pretio eos redimere, potuerunt etiam dum apud hoſtes ſunt teſtari, *arg. l. 13. hoc tit. Alc. ad l. hoſtes 118. de verb. ſign. Duar. ad tit. qui teſt. fac. pag. 318. Graſſ. de quæſt. 25. Zype not. jur. Belg. de teſtam. Sande lib. 4. tit. 1. defin. 2.* Nonnulli idem juris habere etiam à Turcis captos exiſtimant, *Cova. c. peccatum p. 2. §. 11. n. 6. Cyprian. cenſ. Belg. Groenew. de ll. abrog. hic.* Illud etiamnum obſervatur, quòd transfuga jus teſtandi non habeat, quoniam jura civium amittit, & hoſtium numero habetur, *l. poſtliminium 19. §. transfuga 4. de capt. & poſtlim. Iac. Vermey art. teſt. c. 4. Sande ubi ſup.*

TITULUS XIII.

DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

D. lib. 28. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 28. 29. Nov. 115.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HActenus de perſonis, quibus jure publico poteſtas teſtamenti faciendi data aut denegata eſt; item de modo teſtandi, ſive externi teſtamenti ſolemnitatibus, comparatis ad firmandum teſtationis fidem. Sequitur tertium, res, quas in ipſo teſtamento inſeri & caveri oportet, ut juſtum ratumque habeatur; quam intrinſecam teſtamenti ſolemnitatem appellare poſſumus. Eſtque duplex, una communis omnium teſtatorum, hæredis ſcilicet inſtitutio; altera quorumdam dumtaxat propria, & maximè parentum, qui liberos in poteſtate habent, videlicet eorum liberorum exhæredatio, ſi ipſi hæredes non inſtituantur: de quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda teſtamenta neceſſariò deſiderantur, præcipiendum fuit, *leg. inter cætera 30. hoc tit. de lib. & poſth. hær. inſt. vel exhær.* Exiſtimaverat aliquando Hotomannus, inſcriptionem hujus tituli corrigendam eſſe, legendumque; *De inſtitutione vel exhæredatione liberorum.* Quod & Vveſembecius tacitè ſecutus eſt. Verùm, poſtea idem Hotomannus ab hac ſua ſententia receſſit. Mihi quidem nulla mutatio neceſſaria videtur. Cæterum ſi ſecundùm priorem ſententiam Hotomanni inſcriptio concipiatur, non eo minùs probaverit, quod oſtendit ἀντινομὶ ejuſdem argumenti in *π'. d. leg. inter cætera.* In præcepto quoque legis disjunctio eſt; *Pater filium, quem in poteſtate habet, aut hæredem inſtituito, aut nominatim exhæredato.* Exhæredare eſt eum, qui alioquì hæres futurus erat, ab hæreditate repellere. Et de ſolis ſuis hæredibus propriè dicitur, qui niſi removerentur, ipſo jure hæredes exiſterent, & vivo adhuc patre quodammodò domini exiſtimantur, *leg. in ſuis, hoc tit.* de extraneis per abuſionem. Jure civili antiquo non erat in omnibus liberis, etiam iis, qui in poteſtate erant, & ſui hæredes, exhæredatio æquè neceſſaria, nec omiſſæ idem ſemper effectus: ritu quoque variabat pro ſexu, pro gradu, prout nati jam liberi, aut nondum nati eſſent tempore facti teſtamenti: quæ omnia diligenter hic Imperator exequitur: deinde ſubiicit, quod ipſe novi juris conſtituerit. Ad extremum agit de præteritione, quæ vim exhæredationis habet. Continet autem hic titulus principia magnarum & difficilimarum quæſtionum juris, qua veteris, qua novi, eòque diligentem atque accuratam deſiderat partium omnium interpretationem.

Digitized by Google

Textus.

Jus vetus, de liberis in poteſtate.

Non tamen, ut omninò valeat teſtamentum, ſufficit hæc obſervatio, quam ſupra expoſuimus: ſed qui filium in poteſtate habet, curare debet, ut eum hæredem inſtituat, vel exhæredem eum nominatim faciat. Alioqui ſi eum ſilentio præterierit, inutiliter teſtabitur: adeò quidem, ut ſi vivo patre filius mortuus ſit, nemo hæres ex eo teſtamento exiſtere poſſit: quia ſcilicet ab initio non conſtiterit teſtamentum. Sed non ita de filiabus, & aliis per virilem ſexum deſcendentibus liberis utriuſque ſexus antiquitati fuerat obſervatum: ſed ſi non fuerant ſcripti hæredes ſcriptæve, vel exhæredati exhæredatæve, teſtamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accreſcendi eis ad certam portionem præſtabatur. Sed nec nominatim eas perſonas exhæredare parentibus neceſſe erat, ſed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exhæredari videtur, ſive ita exhæredetur; Titius filius meus exhæres eſto: *ſive ita;* Filius meus exhæres eſto, *non adjecto proprio nomine, ſcilicet, ſi alius filius non extet.*

Notæ.

De exhæredatione] Exhæredatio eſt hæreditatis lege datæ ademptio: unde ſolus de ſuis hæredibus propriè dicitur, de aliis per abuſionem. Aliis hæreditas defertur tantùm ſuis etiam datur, §. 2. *inſ. de hær. qual.*

Non ſufficit hæc obſervatio] In modo ſc. teſtandi & ſolemnitatibus comparatis, ad firmandam teſtationis fidem, de quo *ſup. tit.* 10.

Vel exhæredem faciat] De quo idcircò etiam inter cætera, quæ ad ordinanda teſtamenta pertinent, præcipiendum fuit, *leg.* 30. *hoc t. de lib. & poſt.*

Inutiliter teſtabitur] *d. l.* 30. Planè ſi filius patri ſuperſtes bonis paternis ſe abſtineat, voluntas ex bono & æquo ſuſtinebitur, *leg.* 17. *de injuſt. rupt.*

Præterierit] Id eſt, nec hæredem inſtituerit, nec exhæredaverit, §. 12. *inſ. de hær. quæ ab int.* Cic. 1. *de orat. Quem pater neque hæredem, neque exhæredem ſcripſit nominatim.* Porrò & non ritè facta exhæredatio pro præteritione habetur, *l.* 8. §. 2. *cont. tab.*

Vivo patre mortuus] *leg.* 7. *h. t.* propter regulam Catonianam, *leg.* 1. *de reg. Cat. leg.* 29. *l. pen. de reg. jur.*

Non ita de filiabus, &c.] Diverſi juris rationem indicat Ulp. *l.* 8. §. 1. *de injuſt. rupt.*

Jus accreſcendi] Ut quaſi & ipſi ſcripti ſcriptæve eſſent, numerum hæredum augerent.

Ad certam portionem] Suis hæredibus inſtitutis ad virilem; extraneis, ad partem dimidiam. Ulp. *tit.* 20. §. 14. Cajus 2. *tit.* 3. §. 1. Paul. 3. *ſent.* 4.

Nominatim autem] *v. l.* 1. *l.* 2. & 3. *D. h. t.*

Si alius filius non extet.] Nam ſi plures ſint, nullus cenſebitur exhæredatus, ex benigna interpretatione *d. l.* 2.

Commentarius.

1 *Filio, qui in poteſtate eſt, præterito, teſtamentum jure civili prorſus inutile & nullius momenti eſſe: ac quatuor conſectaria inde ducta.*

2 *Filiæ & nepotibus ex filio præteritis jure antiquo teſtamentum ſubſtitiſſe, dato his jure accreſcendi ſcriptis hæredibus.*

3 *Ad quam portionem hæ perſonæ præteritæ ſcriptis hæredibus accreverint.*

4 *An eas præteritas ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas prætor admiſerit.*

5 *Filiam & nepotes ex filio exhæredatos, licèt non nominatim neque jus accreſcendi habuiſſe, neque à prætore ad contra tab. bon. poſſeſſionem vocatos; modò cæteræ leges exhæredationis obſervatæ fuiſſent.*

6 *An teſtamentum, in quo filius præteritus eſt, prorſus inutile ſit, & jure prætorio.*

7 *Filio præterito ſe abſtinente prætorem habere rationem teſtamenti, etiam cum extranei inſtituti ſunt.*

Refertur hic differentia, quæ in re propoſita
olim obſervabatur in ſexu & gradu libero-
rum jam natorum. Meliore cæteris jure erat fi-
lius in poteſtate conſtitutus: ſiquidem hic ſolus à
patre neceſſariò aut hæres inſtituendus aut ex-
hæredandus erat, ut teſtamentum ſubſiſteret,
quod alioqui jure civili prorſus inutile erat & 1
nullius momenti, *l. inter cætera* 30. *hoc tit. l. filio.*
17. *de injuſt. rupt. eſt. & hoc text.* Huic autem juri
conſequens eſt, primum, quod etiam hic expreſſit
Juſtinianus, ex tali teſtamento hæredem non poſ-
ſe exiſtere, etiamſi filius præteritus vivo adhuc
patre deceſſerit, propter regulam Catonianam
quæ ſic definit; *Quæ inſtitutio inutilis foret, ſi ſta-
tim poſt teſtamentum factum deceſſiſſet teſtator, ea
non debet ideo valere, quia diutius vixerit, l.* 1. *de
reg. Cat. l. pen. de reg. jur.* §. *an ſervo* 32. *inſ. de leg.*
& generaliter quod initio vitioſum eſt, non po-
teſt tractu temporis convaleſcere, *l. quod initio*
29. *de reg. jur.* §. 2. *inſ. de inut. ſtip.* 2. Per hujuſmodi
teſtamentum non rumpi id, quod antea à patre
legitimè factum eſt, *l.* 7. *hoc ti.* §. 2. & *pen. inſ. quib.
mod. teſt. inf.* 3. Non ſuſtineri hoc teſtamentum ob
id, quòd pater filio legatum, quantùmvis am-
plum, reliquerit; nam utrùm filius præteritus ſit,
nec ne, non ex legati datione, ſed ex inſtitutione
aut exhæredatione æſtimatur, prætertique om-
nes in hac materia habentur, qui neque hæredes
inſtituti, neque, ut oportet, exhæredati ſunt, *l. ea-
dem*

d. m 12. inſ. de hær. ab int. 4. Quòd etiamſi filius
vel ante teſtamentum vel in ipſo teſtamento
præteritioni conſenſerit, nihilò tamen magis
ſubſiſtere poſſit. Verum enim non eſt, quod
Clar. §. *teſtamentum qu. 43. num. 3.* exiſtimat: jus
hoc ob ſolum favorem filii conſtitutum eſſe, cui
ille renuntiare poſſit. Imò forma paterni teſta-
menti jure publico præſcripta id modis omni-
bus exigebat: quod jus privatorum conſenſu
mutari non poteſt, *leg. 3. hoc tit. junct. leg. jus pu-
blicum 38. de pact. cum ſimil.* vid. tamen Ant. Fa-
br. *Cod. ſuo de lib. præt. defin. 6. Chriſtin. vol. 4. dec.
19. num. 4.*

Exhæredem eum nominatim feciat] Non quæ-
vis exhæredatio ſummovebat liberos ab hæredi-
tate patris, ſed quæ ritè facta eſſet; non ex-
hæredati pro præteritis habebantur, *leg. 8. §. 2.
cont. tab.* In ritu autem diſcrimen non faciebat
ſexus aut gradus, niſi quod hoc propriè in filio
obſervandum erat, ut nominatim exhæredare-
tur, quod in reliquis non erat neceſſarium, ut
ſtatim audiemus. Cicero *lib. 1. de Orat. quem pa-
ter neque hæredem neque exhæredem ſcripſit nomi-
natim.*

*Sed non ita in filiabus & aliis per virilem ſe-
xum deſcendentibus.*] Non uti olim filio, ita & fi-
2 lia, aut nepote nepte ve ex filio (ex filia nati huc
non pertinent, §. *ult. infr. eod.*) præteritis teſtamen-
tum inutile erat: ſed firmo manente teſtamento
jus accreſcendi ad certam portionem his daba-
tur, ut, quaſi & ipſi ſcripti ſcriptæve eſſent, nume-
rum hæredum augerent, *l. ult. C. hoc tit. Ulp. tit. 22.
§ 12. 15. & 16.* Accreſcebant autem hæ perſonæ
hæredibus ſcriptis cum damno, hoc eſt, portio-
nem hæreditatis accreſcendo iis auferebant, ut
longè diverſum hoc jus fuerit ab eo jure accre-
ſcendi, quo res accreſcunt: quod fit cum emolu-
mentum, cum ſcilicet non petentium partes ac-
creſcunt petentibus, ſeu portio omiſſa portioni
agnitæ: de quo, volente Deo, tractabimus §.
ſi eadem inſ. de legat. Ad quam partem hæredibus
3 inſtitutis accreverint, docet Ulp. *d. tit. 23. §. ex
ſuis 14. Scriptis,* inquit, *hæredibus accreſcunt, ſuis
quidem hæredibus in partem virilem, extraneis in
partem dimidiam,* atque ita quoque Gajus *lib. 2.
tit. 3. §. 1. & Theop. hic.* Et notandum eſt, ita jus
fuiſſe non tantùm, cùm ſoli aut ſui aut extranei
ſcripti eſſent, ſed etiam cùm permixtim. Finge,
extraneum una cùm filio æquis partibus hære-
dem inſtitutum: hic filia, ſi præterita erat, ſingu-
lis accreſcebat ad virilem. Quòd ſi plures extra-
nei pluresque ſui ſcripti fuerant, extraneis accre-
ſcebat ad dimidiam, ſuis ad virilem. Item ſi duo
filii, unus extraneus, huic ad ſemiſſem, illis ad
trientem: atque ita ex accidente eveniebat, ut
plus conſequeretur filia præterita, quàm filius
aut filii inſtituti: quod apertè oſtendit locus Pau-
li *3. ſent. 4.* ubi ita ſcribit: *Filio & extraneo æquis
partibus hæredibus inſtitutis ſi præterita accreſcat
tantùm ſuo avocabit, quantum extraneo. Si verò
duo ſint filii inſtituti, ſuis tertiam, extraneis dimi-
diam tollit.* Cùm igitur filiabus & nepotibus ex
filio præteritis hoc remedio conſultum fuerit ju-
re civili, quæritur, an etiam eo omiſſo bonorum 4
poſſeſſionem contra tabulas petentes admiſerit
prætor. Et D. Bachovius putat, magis eſſe, ut præ-
tor eos excluſerit: quod perſpicuè falſum eſt,
Etenim prætorem nihil aliud conſideraſſe legi-
mus, quàm an liberi præteriti eſſent, an exhære-
dati, ſummotiſque exhæredatis, præteritos om-
nes, inſuper habito diſcrimine ſexus & gradus,
admiſiſſe, *leg. 1. in pr. & §. 1. de bon. poſſ. cont. tab.
junct. l. 2. ſec. tab.* quod & Juſtinianus ſignificat, §.
ſed hæc 5. inf. eod. cum ait, prætores in dandis bo-
norum poſſeſſionibus jus ſucceſſionis ab inteſta-
to, quod liberi omnes ſine diſcrimine ſexus aut
gradus ex lege duodecim tabularum habent, ſe-
cutos. Sed quid argumentis opus eſt? Textus
eſt apertus in *l. ult. circa pr. C. hoc tit.* verba ſunt,
Ex prætore autem habebat) (filia præterita) *contra
tabulas bonorum poſſeſſionem in totum,* & iterum
paulò poſt; *Cum enim per contra tabulas bonorum
poſſeſſionem, vel jus accreſcendi, ſemiſſem ſubſtan-
tiæ filia præterita accipiebat,* &c. Ait autem nunc
ſemiſſem, quia ante dixerat, conſtitutione Anto-
nini beneficium prætoris coarctatum fuiſſe ad
quantitatem portionis, quam jure civili filiæ præ-
teritæ accipiebant, ſcriptis hæredibus accreſcen-
tes. At cur filius præteritus teſtamentum valere
non patiebatur, filia & nati ex filio non rumpe-
bant? Differentiæ rationem ſubobſcurè indicat
Ulp. *l. 8. §. 1. de injuſt. rupt. teſt. Filia vel nepos,* in-
quit, *quia enim emancipantur, una emancipatione
exeunt de poteſtate, teſtamentum non rumpunt.*
Quorum verborum hic ſenſus eſt, mirandum
non eſſe, ſi jus civile faciliùs præteriri filiam
nepotemve ex filio patiatur, quàm filium: quip-
pe filium arctiore neceſſitudine eo jure conſtrin-
gi cum patre, quàm filiam aut nepotem cum pa-
tre aut avo; id ex eo conſtare, quòd ille tribus
demum mancipationibus & manumiſſionibus,
hi una de poteſtate exeunt: videſis, quæ nota-
vimus *ad §. præterea 6. ſup. quib. mod. jus pat.
pot. ſolv.*

Licebat inter cæteros hoc facere] Græci ἀγορεύει 5
hoc ſc. modo, *Titius filius meus hæres eſto: cæteri
exhæredes funto.* Græcor. Naz. in ſuo teſtamento:
οἱ δὲ λοιποὶ πάντες ἔστωσαν ἀποκεκηρυγμένοι. Effectus
hic erat, ut ita exhæredati exhæredatæve ſcriptis
hæredibus non accreſcerent, quod præteritis tri-
buebatur, ne à prætore ad contra tabulas bono-
rum poſſeſſionem vocarentur, *l. 8. cont. tab. in pr.*
Tantum ſupererat, ut teſtamentum inofficioſum
dicerent, ſi nec quartam debitæ portionis acce-
piſſent, *l. 8 §. quoniam 8. de inoff. teſt. l. ult. C. hoc tit.*
Cæteras leges exhæredationis, ut purè fiat, *l. 3.
§. 1. eod. junct. l. ſi ſub. 18. con. tab.* ut ſimpliciter,
non ex re certa, *l. cum quidam 19. hoc tit.* ut ab om-
nibus gradibus, *d. l. 3. §. 2. & ſeqq. eod. vid. D. Pe-
rez. in C. hoc tit. n. 9. & 10.* etiam in filiabus & na-
tis ex filio locum habuiſſe exiſtimo, iiſque negle-
ctis non ritè exhæredationem factam & pro præ-
teritione habitam fuiſſe. Illud conſtat, non eò
minùs exhæredationem ritè factam ex ratione

ucia

juris veteris intelligi, & teſtamentum ſubſiſtere, quòd cauſa exhæredationis teſtamento expreſſa non eſt, cujuſcumque generis ſint liberi exhæredati; ac proindè etiam prætoris beneficium hic ceſſare, ſolamque relinqui exhæreditatis querelam inofficioſi. An verò id à Juſtiniano mutatum ſit *Nov. 115. capit. 3.* alibi diſputabimus.

Si alius filius non extet] Nam ſi plures ſint filii, benigna interpretatione potiùs à pleriſque reſpondetur, nullum exhæredatum eſſe, *l. 2. hoc tit.* Demonſtratio autem ac definitio ſufficit, quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater pepercerit; veluti ſi ex Seja natum dixerit, aliterve eum deſcripſerit, vel cum convitio *l. 3. pr. eod.* Nam ſermo omnis, ut in univerſum dicam, quò dilucidè deſignatur perſona, de qua quis loquitur, exhæredationem nominatim facit, *arg. leg. nominatim 34. de cond. & dem.* Summa igitur diſcriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc eſt, quòd præteritio filii teſtamentum infirmabat; quòd non nominatim exhæredatus pro præterito habebatur: ac cæteri præteriti manente teſtamento ſcriptis hæredibus accreſcebant, & quamvis non nominatim exhæredati, tamen ſi cætera obſervata eſſent, pro ritè exhæredatis ha-
6 bebantur. Nondum me hinc abire ſinunt interpretes. Illud priùs inveſtigandum eſt, an ut teſtamentum, in quo filius eſt præteritus, nullum eſt jure civili, ita quoque vim nullam habeat jure prætorio. Et video, maximam partem cenſere tale teſtamentum neutro jure ſubſiſtere, atque in totum tam jure prætorio, quàm civili improbari *Cyn. Bald. Caſtr. in l. 2. C. de bon. poſſ. cont. tab. Clar. §. teſtamentum quæſt. 43. nu. 1. Gomez. 1. var. reſ. c. 21. n. 1.* quam ſententiam prolixè tuetur *Ant. Fab. 9. conj. 14. & decad. 37. err. 5. & 6.* Argumentum eorum præcipuum eſt, quòd in caſu propoſito etiam prætorio jure ſuccedatur ab inteſtato, hoc eſt, filio præterito detur bonorum poſſeſſio unde liberi, *l. ult. hoc tit. l. 1. §. ult. ſi tab. teſt. null. ext.* quaſi nec prætor ullas tabulas agnoſcat. Sed verior eſt ſententia *Gloſſ. in d. l. 2. C. cont. tab.* quam *& Bart. ibid.* probat item *D. Vigl. hic Govean. 1. var. lect. 5. Vaſq. 3. controv. illuſt. 100. & lib. 2. de ſucc. creat. §. 28. num. 138. & ſeqq.* tale teſtamentum jure prætorio nullum non eſſe. Rationes hæ ſunt. 1. Quoniam filius præteritus rectè petit bonorum poſſeſſionem cōtra tabulas, *l. 1. de bon. poſſ. cont. tab. §. 1. inf. de bon. poſſ.* ut proinde neceſſe ſit tabulas aliquas jure prætorio intelligi. 2. Quia ſcriptis in eo teſtamento hæredibus datur bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, *l. 2. in pr. de bon. poſſ. ſec. tab.* ubi prætor dicitur hunc ordinem ſervare, ut primò velit ad liberos præteritos pertinere bonorū poſſeſſionem contra tabulas, mox ſi inde occupata non ſit, judicium defuncti ſequatur, & ſcriptos admittat ſecundùm tabulas. 3. Quòd in danda bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas hoc tantùm prætor conſideret, an teſtamentum ſeptem teſtium ſignis ſignatum ſit, licèt ſolemnia quædam jure civili requiſita deſint, *Ulpian. tit. 28. §. etiamſi. 4.* Quia prætor vix majorem ſuorum, quàm emancipatorum rationem habet; quod ex eo patet, quòd etiam emancipatos inſtitui aut exhæredari jubet, *§. 3. inf. eod.* & tamen ſi præteriti ſint, teſtamentum jure prætorio ſubſiſtit. 5. Huc fac. *l. poſthumus 12. in fin. pr. l. filio 17. de injuſt. rupt. teſt. l. 12. §. de bon. poſſ. cont. tab.* Ad argumentum autem modò propoſitum commodè reſponderi poteſt, prætorem ita eſſe proprii juris auctorem, ut ſimul etiam ſit cuſtos juris civilis, quod etiam ſequatur, ſi quando potentius jus eſt ejus qui jure civili vocatur. Nec magis abſurdum videri debet, eo jure dici teſtamentum valere, quo etiam ſuccceditur ab inteſtato, quàm bonorum poſſeſſionem, ſecundùm & contra tabulas eodem jure dari. Nimirum non uno modo nec ſimul omnibus Prætor conſulit, ſed ſucceſſivè: & quia prior ac potentior eſt conditio liberorum præteritorum in petenda bonorum poſſeſſione contra tabulas, hos priùs admittit: quòd ſi illi deceſſerint, aut petere neglexerint, nihil abſurdi ſe facturum putavit, ſi tunc ſcriptis hæredibus daret ſecundùm tabulas. Quin & ſuos præteritos, qui jure civili teſtamentum nullum dicere poſſunt, admittit ab inteſtato ex capite unde liberi, ut cuſtos & adminiſtrator juris civilis, *l. ult.*
hoc tit. l. 1. §. ult. unde liberi. Planè ſi filius præ- 7
teritus ultrò ſe bonis paternis abſtineat, hic jam fatentur interpretes Prætorem hujus teſtamenti rationem habere, & ſcriptis in eo hæredibus dare bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, quamvis ſubtili juris civilis ratione non eo magis conſiſtat, *l. filio 17. de injuſt. rupt. teſt.* idque procedit ex ſententia majoris partis, ſive ſcripti ſint, qui remoto filio rem ab inteſtato auferre poſſent, ſive extranei, teſte Claro *d. quæſt. 43. n. 3.* Veriſſima ſententia, ſed à pleriſque aut non intellecta aut non benè explicata. Veram eſſe oſtendunt tum cætera, quæ diſputavimus, tum evidentiſſimè *d. l. 2. in pr. ſec. tab.* quo loco Juriſconſultus ſcribit, Prætorem velle, ſi bonorum poſſeſſio contra tabulas à liberis præteritis occupata non ſit, eam ſecundùm tabulas reverti ad hæredes ſcriptos, ſine ulla qualitatis eorum diſtinctione. Ita verò eſt. Prætor ut ſimpliciter ſcriptis hæredibus bonorum poſſeſſionem pollicetur, ita petentibus eam denegare non poteſt: ſed ſæpè accidit, ut ea ſine re ſit & inutilis: tum etiam in modo & effectu haud parum intereſt, extranei ſcripti ſint, an qui amoto filio ab inteſtato ſuccederent. Etenim ſciendum eſt, bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas aut cum re dari, hoc eſt, cum effectu, ut is, qui accipit, bona retineat; aut ſine re, cùm alius jure civili evincere hæreditatem poſſit, *Ulp. tit. 23. §. ſi ſeptem 5. & tit. 28. §. ult.* Finge ergo, ſcriptum hæredem in petenda bonorum poſſeſſione prævertiſſe filium, qui præteritus erat; bonorum poſſeſſio, quam petens à Prætore accipit, efficietur ſine re, ſive proximus ab inteſtato ſive extraneus ſcriptus ſit, ubi ſcilicet filius jure ſuo uti volet; quippe cujus jus potentius eſt, quàm hære-

Digitized by Google

hæredis ſcripti, etiam ipſi Prætori, Et ideo ne res ſit ſine effectu, ſolet ferè prætor differre ſecundùm tabulas dare, *d.l.2.sec.tab.* Finge, filium præteritum jure ſuo non uti, ſed hæreditate patris abſtinere; hic quidem etiam extranei hæredes, in tabulis ſcripti ſecundùm eas bonorum poſſeſſionem petere poſſunt: cæterum & hæc ſine re futura eſt, ſi agnati proximi hæreditatem jure civili vindicabunt ab inteſtato, *Ulp.d.tit.23.§.ſi ſeptem.* Verum enim eſt, eo jure teſtamento nullum eſſe. Sed & prætorem exiſtimo proximos hic prælaturum ex edictis *Unde legitimi & Unde cognati.* Quapropter rariſſimè & uno dumtaxat caſu ſit, ut extranei bonorum poſſeſſionem cum re conſequantur, ſi videlicet proximi ab inteſtato ſuo jure uti nolent: quæ cauſa eſt, quòd in hac diſputatione conditio additur in *fin.pr.d.l. poſthumus 12. de injuſt. rupt. teſt. ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei, qui rem ab inteſtato auferre poſſit.* Atque ad huc ſermè modum etiam differit D. Bachov. *in §. non tamen inſ.quib.mod. teſt. inf.* Ant. Faber parum hic ſibi conſtat, ut videre eſt *lib.1. conject. 19. & lib.9.c.14.*

TEXTUS.

De poſthumis.

1. *Poſthumi quoque liberi vel hæredes inſtitui debent vel exhæredari. Et in eo par omnium conditio eſt, quod & filio poſthumo & quolibet ex cæteris liberis, ſive fœminini ſexus ſive maſculini, præterito, valet quidem teſtamentum, ſed poſtea agnatione poſthumi ſive poſthumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque ſi mulier, ex qua poſthumus aut poſthuma ſperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento eſt ſcriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam. Sed fœminini quidem ſexus perſonæ vel nominatim vel inter cæteros exhæredari ſolebant: dum tamen, ſi inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ eſſe per oblivionem. Maſculos verò poſthumos, id eſt, filios & deinceps, placuit non aliter rectè exhæredari, niſi nominatim exhæredarentur, hoc ſcilicet modo.* Quicumque mihi filius genitus fuerit, exhæres eſto.

NOTÆ.

1. *Poſthumi*] Poſthumi, vel potiùs poſthumi, ut ſcribendum docet Grot. *ſparſ. flor. ſup. ad tit. qui teſt. tut. dar.* dicuntur, qui poſt mortem patris naſcuntur, *l.6. de inoff. teſt. l.3. §.1. de injuſt. rupt.* Plutarch. in Coriol. & *Syl.* Amm. Marcell. *lib.21. Uxorem prægnantem reliquit, unde edita poſthuma.*

Totum infirmatur] Nec hoc mutatum *Nov.* 115. c. 3. ut falsò exiſtimat Pac. igitur poſthumi cujuſcumque ſexus aut gradus præteriti agnaſcêdo rumpunt: filiæ & nepotes præteriti non rumpunt, ſed accreſcunt ſcriptis: filius præteritus teſtamentum valere non patitur, *l.1. l.3. l.8. §.1. de injunct. rupt. l.30 h.t.* Quòd ſi poſthumus præteritus vivo patre natus deceſſerit, datur ſcripto hæredi bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, *l. 12. de injuſt. rupt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in poſthumis non diſtinguatur ſexus & gradus, quoad neceſſitatem exhæredandi.*
2 *Cur placeat poſthumis præteritis teſtamentum ab initio valere.*
3 *Quam rationem habeat, quòd filia poſthuma inter cæteros non rectè exhæredabatur abſque legato.*
4 *Quam item, quòd nepotes poſthumi etiam nominatim exhæredandi.*

DIctum eſt de liberis ſuis hæredibus, qui tempore teſtamenti facti jam nati ſunt, ſequitur de poſthumis, quo verbo hic intelliguntur omnes, qui nondum nati ſunt eo tempore, quo parens teſtamentum condit; quamvis eo adhuc vivo poſtea naſcantur, *l.3. §. 1. l. 12. in pr. de injuſt. rupt. teſt.* Inter hos & liberos jam natos quadruplex diſcrimen hic animadvertitur. Primum eſt, quòd poſthumis præteritis, cujuſcumque gradus aut ſexus ſint, teſtamentum ab initio jure conſiſtat, cùm præterito filio ſuperſtite teſtamentum injuſtum ſit & nullum, *leg.1. & d.l.3. §.3. de injuſt. rupt.* Secundum, quòd poſthumi omnes, ſive maſculi ſive fœminæ, ſi hæredes non inſtituantur, exhæredandi ſunt; præteriti agnaſcendo teſtamentum rumpunt, & totum infirmant; filiæ autem natæ & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, ſed ſcriptis hæredibus ad certam portionem accreſcunt, ut dictum § *præc.* Tertium, quòd poſthumis filiabus inter cæteros exhæredatis pater aliquid legare cogitur, jam natis non item. Quartum, quòd poſthumi maſculi non tantùm primi gradus, ſed etiam inferiorum, nominatim exhæredandi ſunt, quod non eſt neceſſe in nepotibus tempore teſtamenti natis.

Valet quidem teſtamentum, ſed poſtea agnatione rumpitur. In hoc cernitur differentia filii poſthumi præteriti, & jam nati, qui præteritus teſtamentum ſubſiſtere non patitur: item filiarum, nepotumque poſthumorum, & ſuperſtitum, qui præteriti teſtamentum non rumpunt, *leg. 8. §. 1. de injuſt. teſt.* Gajus *lib.2. tit.3. §.2.* Cur verò ſexus & gradus non æquè in poſthumis diſtinguitur, ut in liberis natis, placetque non minùs, agnatione filiæ poſthumæ præteritæ, aut nepotis, quàm filii, teſtamentum rumpi? Nimirum cùm benignè atque humaniter, quoad fieri poteſt, de parentum in liberos voluntate ſentiendum ſit, judicarunt conſulti, teſtatorem vel ignoraſſe conceptionem, vel conceptum & nondum editum per oblivio- 1
nem

nem præteriiſſe. Ad hæc incertum eſt, filius in utero ſit, an filia.

Abortum fecerit] Hinc petenda ratio, cur poſthumo præterito placeat teſtamentum ab initio
2 valere: nimirum quia fieri poteſt, ut non naſcatur, abortum faciente muliere, ex qua ſperabatur, *l. 2. C. de poſt. hær.* Atque hactenus ergo nec pro nato habetur; fruſtraque objicitur, eum, qui in utero eſt, quoties de commodo ejus agitur, pro eo qui in rebus humanis ſit, haberi, *l. 7. l. pen. de ſtat. hom.* nullum enim hic incommodum ſentit, cùm ſtatim ut editus eſt, teſtamentum rumpat: & regula iſta ſic temperanda eſt, ſi modò poſteà naſcatur: tunc enim fictione juris nativitas retrotrahitur. Quamdiu verò quis in utero eſt, propriè nondum homo vel animal eſt, *l. 7. ad leg. Falc.* ſed ſpes tantùm animantis, *l. ult. de collat.* nec in poteſtate patris antequàm naſcatur, *l. ult. de collat.* ac proinde qui mortuus editus eſt, neque natus, neque procreatus videtur, quia nunquam filius appellari potuit, *l. qui mortui 129. de verb. ſignific.* Sed etſi mulier monſtroſum aliquid aut prodigioſum enixa ſit, placet teſtamentum non rumpi, *l. 3. Cod. de poſt. hær.* quia liberi non ſunt, qui contra formam humani generis procreantur, *l. 14. de ſtat. hom.*

Sed feminini quidem ſexus perſonas, &c.] Quamquam ad neceſſitatem exhæredandi quod attinet, par omnium poſthumorum conditio erat, nec ſexus in poſthumis diſtinguebatur; in forma tamen exhæredationis aliqua erat jure antiquo differentia inter mares poſthumos & fœminas: nam illi omnes non niſi nominatim rectè exhæredabantur, hæ poterant & inter cæteros. At enim ſi inter cæteros exhæredatæ eſſent, non aliter ritè exhæredatio facta intelligebatur, quàm ſi quid eis legatum fuiſſet, *Ulp. tit. 22. §. poſthumus*
3 17. Qua in re etiam elucet inſignis differentia inter exhæredationem poſthumarũ & filiarum ſuperſtitum: hæ enim & ſine legato inter cæteros exhæredari poterant, illæ non poterant, ne, *ut ait hic Imp.* viderentur præteritæ per oblivionem: Quippè pro poſthuma dici poteſt, generalem clauſulam ad eam non pertinere, cùm potiùs præſumendum ſit patrem ignoraſſe eam eſſe in utero; & ideò ignoratione potiùs præteriiſſe, quàm clauſula illa, *inter cæteros.* voluiſſe exhæredari: uti ſemper benignè judicandum eſt de patrum erga liberos voluntate, quoad facultas fert. De filia autem ſuperſtite, quàm natam pater novit, dubitari non poteſt, quin pater cogitaverit, & tacitè eam comprehenderit ſub ſimplici, & indeterminata exhæredatione: uti & de poſthuma, cui inter cæteros exhæredatos legatum relinquit, quod præſumptionem oblivionis penitus tollit. Ex iis autem, quæ modò dicta ſunt, manifeſtum eſt, rectè judicare D. Cujacium ad *l. 5. hoc tit.* de interpolatione principii, *l. 3. de injuſt. rupt.* & quod Ulpian. ſcripſerat, *Poſthumi virilis ſexus nominatim exhæredandi ſunt*, Tribonianum, ut inſerviret conſtitutioni Juſtiniani, de qua dicendum infra §. *ſed hæc 5.* ſic immutaſſe, *Poſthumi per virilem ſexum deſcendentes.*

Filios & deinceps] Certum eſt, verbo *deinceps* intelligi nepotes poſthumos ex filio, & eos quidem ſolos, qui nati ſui hæredes futuri ſunt: nam alii teſtamentum non rumpunt, licèt in poteſtate avi naſcantur, puta quorum pater adhuc vivit, & in poteſtate patria ſui eſt, §. *ſeqq. l. 13. de injuſt. rupt.* Ait, *non aliter rectè exhæredari, niſi nominatim.* Igitur nec ſi legatum adſcriptum fuerit, valebit ne in nepote quidem exhæredatio non nominatim, ſed inter cæteros facta. Atque hic jam notandum primò diverſum jus hac in parte obſervatum fuiſſe in nepotibus naſcituris & natis. Etenim natos jam nepotes non tantùm nominatim, ſed inter cæteros quoque exhæredare licebat: quin & ſalvo teſtamento præterire: ejuſdemque omninò conditionis erant, cujus & ſuperſtites filiæ, §. *præc. Ulp. d. tit. 22.* Nepotes autem poſthumi utriuſque meliores: quippè qui non modò non præteriti, ſed
nec inter cæteros tutò poterant exhæredari. 5
Quæ juris varietas non aliam rationem habet, quàm eam, quæ modò dicta eſt, filiam poſthumam à nata ſeparari. Deindè notanda etiam differentia inter poſthumos nepotes & poſthumas filias, quæ inter cæteros rectè exhæredabantur, utique legato honoratæ; cùm nepotis poſthumi exhæredatio nominatim facienda eſſet, nec ſufficeret inter cæteros exhæredatos legatum adſcripſiſſe. At enim inquies, cùm nepotes nati eodem jure cum filiabus natis uterentur, cur non ſimiliter placuit, naſcituros eodem jure uti, quo utebantur filiæ naſcituræ? Jaſon apertè, & cum eo tacitè Viglius fatentur, ſe hujus rei rationem ignorare; & ſanè, quod D. Hotomannus putat, ubi legatum adſcriptum eſt, non poteſt eſſe locus benignæ præſumptioni de alia voluntate parentis, quòd poſthumum nepotem non tam excludere voluiſſe videri debeat, quàm per errorem præteriiſſe. Una illa ex pluribus, quas affert D. Vveſemb. maximè probabilis eſt, quòd etſi legatum avus adjecerit, niſi tamen nominatim poſthumum nepotem exhæredaverit, videri poſſit & debeat de poſthuma filia potiùs naſcitura (quæ inter cæteros cum adjectione legati exhæredari ſolita erat) quàm de poſthumo maſculo cogitaſſe, ſpe prærogationis nominis & familiæ ſuæ: cujuſmodi voluntatis conjecturam non admittunt nepotes nati. Quid ergo eſt, quod Ulp. *d. tit. 22. §. nepotes 18.* ſcribit, nepotes & pronepotes cæteroſque maſculos poſthumos præter filium, vel nominatim, vel inter cæteros cum adjectione legati exhæredandos: ſed totius tamen eſſe nominatim eos exhæredari atque id obſervari magis? Nimirum ex ratione juris, quod nepotes & filias ferè eadem vult eſſe conditione, *l. 8. §. 1. de injuſt. rupt.* poſſe & nepotes poſthumos ſic ut filias poſthumas exhæredari: cæterum propter benignam illam, quam dixi

Digitized by Google

in dubio voluntatis interpretationem aliud receptum fuiſſe.

Quicumque mihi filius] Poſitum exempli cauſa: ne quis ex hoc loco colligat, nepotem appellatione filii contineri etiam in re odioſa. Utendum autem neceſſariò generali demonſtratione, cùm ſpeciali nomine aut ſigno poſthumus demonſtrari nequeat. An adhuc hodie poſthumi, præſertim poſt *Novel.* 115. *cap.* 3. exhæredari cum aliquo effectu poſſit, alibi videbimus.

TEXTUS.

De quaſi poſthumis.

2. *Poſthumorum autem loco ſunt & hi, qui in ſui hæredis locum ſuccedendo quaſi agnaſcendo fiunt parentibus ſui hæredes: ut ecce, ſi quis filium, & ex eo nepotem neptemve in poteſtate habeat, quia filius gradu præcedit, is ſolus jura ſui hæredis habet; quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem poteſtate ſint. Sed ſi filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de poteſtate ejus, incipit nepos neptiſve in ejus locum ſuccedere, & ex eo modo jura ſuorum hæredum quaſi agnatione naſciſcuntur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus teſtamentum, ſicut ipſum filium vel hæredem inſtituere, vel nominatim exhæredare debet, ne non jure faciat teſtamentum: ita & nepotem neptemve ex filio neceſſe eſt ei vel hæredem inſtituere, vel exhæredare, ne fortè eo vivo, filio mortuo, ſuccedendo in locum ejus nepos, neptiſve, quaſi agnaſcendo rumpat teſtamentum. Idque lege Julia Velleja proviſum eſt; in qua ſimilis exhæredationis modus ad ſimilitudinem poſthumorum demonſtratur.*

NOTÆ.

2. *Poſthumorum loco*] Ex Cajo *l.* 13. *de injuſt. rupt.* Hos quaſi poſthumos, & poſthumos Vellejanos appellare poſſumus.

Quamvis nepos quoque] §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* §. 2. *infr. de hær. qual.* & ideò firmum manet avi teſtamentum, in quo hic nepos præteritus, ſi vivo filio nec capite minuto avus deceſſerit, *l.* 6. *pr. de injuſt. rupt. l.* 7. *ſi tab. teſt.*

In ejus locum ſuccedere] Succeſſio hæc velut quædam agnatio eſt, propterea quòd ſucceſſione in locum ſui hæredes fiunt.

Lege Julia Velleja] Cujus legis caput ſecundum, relatum in *d. l.* 29. §. 13. interpretati Cajus *d. l.* 13. & Juſtinianus hic, in caſu *d. l.* 29. §. *pen.* qui ad neutrum caput legis ſeorſum pertinet. Julianus quoque induxit, ne rumpatur teſtamentum, quaſi duobus capitibus legis commixtis, bellè Fabrot *ad Th.*

COMMENTARIUS.

1 *Quaſi poſthumorum varia genera.*
2 *Qui agnaſcendo, qui ſuccedendo ſeu quaſi agnaſcendo rumpant.*
3 *Cur plus tributum nepti quaſi poſthumæ, quàm filiæ aut nepoti, qui tempore teſtamenti avo proximus eſt.*
4 *Ius antiquum circa inſtitutionem, & exhæredationem poſthumorum.*
5 *Quid Gallus Aquilius circa nepotis poſthumi inſtitutionem introduxerit.*
6 *Quid lex Velleja permiſerit non permiſſum jure antiquiore.*

SI cui religio eſt ſcribere *poſthumus*, id per me licet: licet ſine H. ſcribat *poſtumus*, cum Cujac. *l.* 3. *obſ.* 4. *& in commen. ad l. Gallus hoc tit.* Illud tamen tenendum eſt, poſthumos à veteribus propriè dici eos, qui poſt mortem patris naſcuntur, teſtibus *Vlp. l.* 5. §. 1. *de injuſt. teſt. Varron. lib.* 4. *Feſt. lib.* 15. Plutarchus quoque in Sylla ſcribit, poſthumos à Romanis appellatos ὕστερον τῶν πατέρων τελευτῆς γενομένους, uti & in Coriolano. Et ideò Græcis interpretibus dicti κυοφερόμενοι, quòd mortis parentum tempore in utero fuerint. At poſt legem Juliam Vellejam, qua & alii liberi, iique nati vivo adhuc parente teſtatore, hæredes inſtituendi aut exhæredandi ſunt, ne agnaſcendo aut ſuccedendo teſtamentum rumpant inſtar poſthumorum, cœperunt duo quodammodò eſſe poſthumorum genera: unum eorum, qui verè & propriè poſthumi 1 ſunt & dicuntur, videlicet qui naſcuntur poſt mortem parentum: alterum qui impropriè & ſecundùm quid, nempè quo ad effectum rumpendi teſtamentum, ſi non ſint inſtituti aut exhæredati, quos quaſi poſthumos & poſthumos Vellejanos appellare poſſumus. Sed & in his, qui poſt factum teſtamentum adoptantur, quæ in manum conveniunt; in filio, qui ex prima ſecundave manumiſſione in poteſtatem patris revertitur, ſimilitudo quædam agnationis ſuorum hæredum eſt, & præteriti inſtar poſthumorum teſtamentorum rumpunt, *Vlp. tit.* 23. §. 2. *Gajus libr.* 2. *tit.* 3. §. 3. *l. filio* 23. *hoc tit. junct.* §. 1. *inf. quib. mod. teſt. inf.* Eſt & poſthumus Cornelianus, qui capto ab hoſtibus patre natus eſt in civitate, de quo in *l.* 15. *hoc tit. l. qui bona* 22. §. *ult. de capt. & poſtlim. Ant. Fab.* 10. *conj.* 9. *&* 10. ubi diſputat, an hic poſthumus & Vellejanus dici poſſit. Deſcriptus ferè ad verbum hic locus eſt ex Gajo *l. poſthumor.* 13. *de injuſt. rupt. teſt.*

In ſui hæredis locum ſuccedendo, quaſi agnaſcendo] Nepotes præteriti, qui demum poſt factum teſtamentum naſcuntur patre mortuo, avo teſtatore ſuperſtite, non ſuccedendo, in locum patris & ſui hæredis, ſed agnaſcendo teſtamentum rumpunt. Naſcuntur enim ſui hæredes, non fiunt ſucceſſione, & ideò pertinent ad caput primum legis Velleiæ, quod Imp. hic non tangit. At illi, de quibus hoc loco & in *d. l.* 13. ſermo eſt, & ſci-

Digitized by Google

ſcilicet qui jam nati ſunt, quo tempore avus teſtamentum facit, ſed quibus pater & ſuus hæres obſtat, quominùs & ipſi jura ſui hæredis habeant, illi inquam præteriti, ſi vivo adhuc avo pater eorum ſuus hæres eſſe deſierit, teſtamentum rumpunt ſuccedendo, hoc eſt, ſubeundo locum patris prædefuncti aut emancipati; non agnaſcendo (quoniam agnaſci propriè dici non poſſunt, qui ante teſtamentum nati ſunt) ſed quaſi agnaſcendo, propterea quòd ſucceſſione in locum ſui hæredis ſui hæredes fiunt: nimirum quemadmodum velut poſthumus aut poſthumi loco habetur, qui in jus ſui hæredis ſuccedit, ita & ſucceſſio ejus velut quædam agnatio. Illi ad primum legis Vellejæ caput pertinent, *l.* 29. §. 12. *hoc tit.* hi ad ſecund. *dict. l.* 29. §. 13. *l.* 13. *de injuſt. rupt.*

Quia filius gradu præcedit] Fieri poteſt non in perſona filii, ſed in perſona nepotis, ut in avi poteſtate ſit, nec tamen inter ſuos hæredes numeretur, eò quòd pater eum in cauſa ſucceſſionis præcedat: neque enim ad hoc ut quid ſui hæredis habeat, ſufficit in poteſtate eſſe, niſi ſimul proximum à defuncto gradum obtineat, hoc eſt, nemo in ſuo ordine antecedat, §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* Et ideò quem pater præcedit, nec exhæredari ab avo debet, ſed firmum manet avi teſtamentum, in quo hic nepos præteritus eſt: ſi vivo filio & eodem ſtatu manente avus deceſſerit, *l.* §. *in pr. de injuſt. rupt. l.* 7. *unde lib.*

Sed ſi filius vivo eo moriatur] Filio de familia ſublato, ſtatim nepos ex eo in locum & gradum ejus ſuccedit, atque ita ſuccedendo in familia avi jus ſui hæredis quaſi agnatione nanciſcitur: quapropter ſi eo ſe tempore præteritum deprehendat, exemplo poſthumi teſtamentum rumpit. Unde qui filium atque ex eo nepotem in poteſtate habet, ei, ſi omninò ſecurè teſtari velit, neceſſe eſt etiam hunc nepotem, ſimiliter ut filium, hæredem inſtituere vel exhæredare; alioqui ſi contingat filium vivente adhuc patre ſuo mori, aliave ratione de familia exire, nepos mox patris locum occupans teſtamentum rumpet.

Ita & nepotem neptemve ex filio] Plus igitur tribuatur huic nepti, quàm filiæ, quæ præterita jure antiquo teſtamentum non rumpit, *ſup. eod. in pr.* Hoc ne cui mirum videatur, animadvertendum eſt agi hic de nepte, quam pater tempore facti teſtamenti præcedebat, & quæ poſteà in illius ſublati locum ſuccedit inſtar poſthumæ. Itaque quod juris erat in filia poſthuma, ut præterita teſtamentum rumperet, id producendum erat ad hanc neptem, quaſi poſthumam, ſimili conjectura pietatis; quippè quam, ut credi par eſt, hæredem avus feciſſet, ſi tempore teſtamenti primum ab eo gradum obtinuiſſet. Eademque ratio eſt, cur neptis hæc meliore etiam conditione ſit, quàm nepos; qui tempore teſtamenti avo proximus eſt; quod cùm non animadverteret D. Viglius, credidit, *in pr. hoc tit.* jus antiquum referri, quod poſteà lex Velleja abrogaverit, inſigni & manifeſto errore. Illud quoque notandum, quòd particula nominatim, quæ in propoſitione hujus comparationis exprimitur, non reperitur in redditione, uti nec in *dict. l.* 13. *de injuſt. rupt.* Id quod conſultò factum eſt, ut intelligamus, neptem quidem cum filio comparari in exhæredatione, quo ad neceſſitatem; at non in qualitate aut modo exhæredandi. Etenim cùm neptis ex filio adſcendens in locum patris utatur jure poſthumæ, ſufficere debet indefinitè eam exhæredari, utique cum adjectione legati: quandoquidem non plus juris habet filia poſthuma. Enimverò nepotem, quem poſthumi jure uti placuit, eadem forma, qua filium, exhæredandum eſſe arguunt, quæ Imperator dixit in calce §. *præc.*

Lege Iulia Velleja proviſum eſt] Legis hujus duo præcipua capita fuiſſe docet nos Scævola *l. Gallus* 29. §. *nunc de* 31. *& ſeqq. hoc tit.* quorum uno permiſſum fuit inſtitui poſthumos etiam alienos dummodò ſui naſcerentur, licèt vivo adhuc teſtatore: altero cautum, ne nepotes in locum ſui hæredis ſuccedentes teſtamentum rumperent in quo ipſi inſtituti eſſent, vel exhæredati: cujus poſterioris capitis explicatio à Juſtiniano hoc loco tradita eſt verbis Gaji *in l. poſthumorum* 12. *de injuſt. rup. teſt.* Nihil adhuc intelligimus, niſi ſciamus, cur in eas res lata fuerit lex Velleja, & quid ea permiſerit non permiſſum jure antiquiore. Exponam autem paucis quid in re obſcura ſentiam. Cùm lege duodecim tab. ita cautum eſſet: *Uti quiſque legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto*, *l. verbis* 120. *de verb. ſign.* hæc legis verba, *Uti legaſſit*, ſic prudentes interpretati ſunt, uti quiſque certo conſilio ac judicio ſtatuerit, decreverit, aut imperaverit, quid de re pecuniaque ſua poſt mortem ſuam fieri vellit. Abſurdum enim viſum fuit, eam teſtatoris voluntatem jus facere aut ratam haberi, quæ nec conſilio nec judicio certo regeretur. Hinc ex ſententia legis perſona incerta, hoc eſt, quam incerta opinione animo ſuo teſtator ſubjiciebat, neque hæres inſtitui, neque legatum ex teſtamento capere poterat, §. *incertis* 25. *de leg. inf. Ulp. tit.* 22. §. 3. ubi & eamdem hanc ejus rei rationem reddit, quoniam certum eſſe debet conſilium teſtantis. His porrò conſequens eſt, nec eum, qui in utero eſt, ex ejuſdem legis ſententia hæredem potuiſſe inſtitui, utpotè qui & ipſe perſona incerta habebatur, aut ut Theophilus loquitur §. *alienus* 26. *inf. de leg.* [illegible], propterea credo, quod incertum eſt, an naſciturus aliquando ſit, necne, maſculus, an fœmina: unus, an plures naſcituri. Et quamquam quo ad legitimas hæreditates poſthumus pro jam nato ſemper habitus eſt, *l. pen. de ſtat. hom.* id tamen ob rationem quam diximus, non obtinebat in hæreditate teſtamentaria. Cùm igitur ea ratione eveniret, ut ſive inſtitutus, ſive exhæredatus, ſive præteritus eſſet is poſthumus, qui ſuus hæres teſtatori naſciturus erat, teſtamentum agnaſcendo rumperet, & in

totum voluntatem teſtatoris everteret, paulatim diſputatione fori introductum ad conſervanda ſuprema hominum judicia, ut & in teſtamentaria ſucceſſione poſthumi ſui, hoc eſt, qui ſi tempore teſtamenti naſcerentur, inter ſuos hæredes futuri, & præteriti, teſtamentum omnimodo rupturi eſſent, pro natis haberentur, inſtituique atque exhæredari poſſent: quod Gajus quodammodò ſignificat *lib.2.tit.3.§.2.* ubi de inſtitutione & exhæredatione poſthumorum agens ait, in ea etiam te legitimè conceptus pro natis haberi. In alieno poſthumo nihil viſum, cur à ratione juris veteris recederetur; quippè cujus inſtitutio neceſſaria non eſt, cùm natus teſtamentum numquam rumpat. At enim verò quia fieri poteſt, ut qui tempore teſtamenti alienus eſt, ſuus tamen naſcatur, atque ita rumpat, (nam cum quæritur, an teſtamentum agnatione rumpatur, non conceptio-
5 nis tempus, ſed nativitatis inſpicitur) Gallus Aquilius induxit, (non legem ferens, ut perperam Viglius; ſed quod nemo ante eum obſervaverat, oſtendens) pone etiam eos poſthumos, & nimirum nepotes, qui teſtamenti quidem tempore alieni ſunt, ſubducto autem patre ſui hæredis avo naſcerentur, hæredes inſtitui ſine fraude ejus juris, quo placebat poſthumos alienos hæredes inſtitui non poſſe. Quam in rem concepit hujuſcemodi formulam: *Filius meus hæres eſto. Si filius meus vivo me moritur; tunc ſi quis mihi ex eo nepos poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, hæres eſto*, *l.Gallus 29. h. t.* Dices, nepotem hic inſtitutum eſſe poſthumum alienum. Fatebor, ſi ſimpliciter conſideretur ut poſthumus, quia ſi tempore teſtamenti facti naſceretur, non eſſet ſuus hæres avo teſtatori. Negabo, ſi ut poſthumus Aquilianus, ſive eo modo, quo à Gallo inſtituitur, qui inſtitutionem hujus nepotis confert in id tempus, quo ſuus erit: ea vis eſt articuli *tunc*, quod temporis extremitatem ſignificat, *l.4.§.§.1.de cond.& dem.* Hoc igitur modo conſideratus, non alienus, ſed ſuus eſt, & ſalva ratione juris veteris juxta formulam Aquilianam inſtituitur. Adhuc poſthumi vivo teſtatore nati inſtitutio inutilis erat. Etenim cùm ut poſthumos hæredes inſtituere liceret, eatenus duntaxat receptum eſſet, quatenùs teſtamentorum favor & neceſſitas poſtulabat, eorum, qui vivo teſtatore naſcuntur, inſtitutio non videbatur neceſſaria: quamvis enim & ipſi non eò minùs teſtamentum rumpant; licebat tamen teſtatori aliud teſtamentum condere, & rei ſuæ de integro proſpicere. Porrò nec is poſthumus, qui tempore teſtamenti alienus erat, purè poterat inſtitui; hoc enim ut fieri poſſet, Gallus non induxerat, neque adeò inducere poterat ſalva ratione juris. Poſtremò neque nepotis, quem filius præcedebat, nati ante teſtamentum factum inſtitutio efficiebat, quominùs in patris remoti locum poſteà ſuccedens teſtamentum rumperet: fortaſſis quia viſum eſt, non ſufficere inſti-
6 tutum eſſe tamquam extraneum eum, qui tempore mortis teſtatoris reperitur ſuus. Tandem etiam in iſtis omnibus teſtamentorum ſecuritati proſpectum eſt lege Julia, Velleja: cujus legis, ut ante quoque diximus, duo capita fuerunt, quorum primo permittitur eorum poſthumorum inſtitutio, qui vivis nobis ſui naſcituri ſunt, ut etiam purè inſtitui poſſint: capite altero cavetur, ne nepotes jam nati tempore teſtamenti facti, ſuccedentes vivo teſtatore in locum ſui hæredis teſtamentum rumpant, in quo ipſi ſunt inſtitui aut exhæredati, *d. l. Gallus §. nunc de 11. cum ſeqq. h. t.* Plura qui noſſe deſiderat, adeat commentaria, quæ in *d. l.* extat doctiſſimorum hominum, Salomonii, Coveani, Cujacii, Duareni, Alciati *lib.3.paradox.c.2.& ſeqq.* Ant. Fab.*lib.9.conj. per tot.* & multis *capp. lib. 10.* ſed noſtra hæc ut præluceant.

TEXTUS.

De emancipatis.

3. *Emancipatos liberos jure civili, neque heredes inſtituere, neque exheredare neceſſe eſt: quia non ſunt ſui heredes. Sed prætor omnes, tam fœminini ſexus, quàm maſculini, ſi heredes non inſtituantur, exheredari jubet, virilis ſexus nominatim, fœminini verò inter cæteros: quia ſi neque heredes inſtituti fuerunt, neque ita (ut diximus) exheredati, permittit eis prætor contra tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem.*

NOTÆ.

Prætor, &c. exhæredari jubet] Quaſi reſcindens eorum capitis deminutionem, *l. 6.§.1.D. de bon. poſſ.*

Fœmini inter cæteros] Leg. ut in edit. Cujac. & inter cæteros, id eſt, vel nominatim vel inter cæteros. Ulp. *tit.22,§. 19.* Theoph.

Permittit eis prætor] *Leg. permittit, leg. 4. & paſſ. contr. tab. in Baſil.* ἐπαγγέλλεται, *pollicetur, l. 6. de bon.poſſ. Ulp. d. loc.* & ita lege etiam *§.ult. infr.*

COMMENTARIUS.

1 *Emancipatos ſub colore quodam ſuitatis à prætore vocari ad bonorum poſſeſſionem.*
2. *Prætorem in modo exhæredandi ſecutum diſtinctionem ſexus & gradus, & quam jus civile fecit.*
3. *Abſurdum non eſſe, quòd filiæ emancipatæ melioris conditionis jure prætorio fuerint, quàm non emancipatæ jure civili.*

QUia non ſunt ſui hæredes*] Liberi emancipati exeunt è familia & poteſtate patris; *§. præterea ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.* ac ſui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt *l.pronuntiato 193. §. 2. de verb. ſign.* Itaque jus omne, quod in familia patris antea habebant, amittunt: deſinunt eſſe ſui hæredes & agnati, quos ſolos ad ſucceſſionem ab inteſtato lex vo-

cat

Digitized by Google

eat propter familiarum conſervationem: denique pro alienis & extraneis jure civili habentur, *leg.6.§.de bon. poſſ.l.7. de cap.non.* §.3. *infr.de hær. qual.* §. *emancipati 9. infr. de hæred. ab int.* Quo poſito ſequitur nec ullam eo jure patri neceſſitatem imponi liberos emancipatos vel inſtituendi, vel exhæredandi, eorumque præteritione teſtamentum injuſtum aut nullum non eſſe.

Prætor ſi hæredes non inſtituantur, exhæredari jubet] Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem, hoc eſt, emancipationem, deſierunt eſſe ſui hæredes: tamen prætor naturali æquitate motus, & partim etiam ratione civili, (quippè emancipati non minùs natura liberi ſunt, & maſculorum ſoboles, quod ex parte jus civile conſiderat, quàm non emancipati) reſcindit eorum capitis deminutionem, *l.6.§.1.de bon.poſſ.* & ſi teſtamento facto præteriti ſunt, pollicetur eis bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *l.1. & paſſim de bon. poſſ. cont. tab.* & cum ſuis quoque hæredibus ab inteſtato eos vocat ad bonorum poſſeſſionem unde liberi, §. *emancipati 9. infr. de hær. ab int. d.l.6. §.1.* Itaque cum effectu juris emãcipati beneficio prætoris tantum conſequantur, quantum ſui, (bonorum enim poſſeſſio re ipſa, & effectu juris ab hæreditate nihil differt, *l.1.l.2.de bon.poſſ.*) ideò ait, jubere prætorem emancipatos quoque liberos hæredes inſtitui aut exhæredari. Et notandum, quod Juriſconſultus in *d.l.6.§.1.eod.tit.* ait,
1 prætorem reſcindere eorum capitis deminutionem poſt mortem patris. Ex quo intelligimus emancipatos non ſimpliciter, ut emancipatos, ſed ſub colore quodam ſuitatis à prætore admitti quaſi de poteſtate nunquam exiiſſent. Etenim reſciſſa capitis deminutione, quodammodò in integrum, & in priſtinum ſtatum reſtituuntur, *fac. l.3. §.ſi emancipatus 5. contr. tab. & ibi Gloſſa.*

Fœminini ſexus inter cæteros] Cujac. Hotom. Vveſemb. & inter cæteros, quod magis placet: quaſi dicat Imperator, vel nominatim, vel inter cæteros; aut, ut Ulp. *tit. 22. §. mancipatos 19. Maſculos nominatim fœminas vel inter cæteros.*
2 Voluit nimirum prætor in modo exhæredandi ſervari differentiam, quàm in ſexu jus civile faciebat, & haud dubiè etiam, quàm idem jus faciebat in gradu, de quo *in pr. hujus tit.* Meliores tamen conditionis apparet fuiſſe filias emancipatas jure prætorio, quàm erant filiæ non emancipatæ jure civili: quippè cùm illæ præteritæ teſtamentum in totum jure prætorio reſcinderent, hæ non reſcinderent, ſed ſalvo teſtamento ad certam dumtaxat portionem ſcriptis hæredibus jure civili accreſcerent. Quod minimè abſurdum eſt,
3 licèt id exiſtimet D. Bachovius: ſiquidem filiæ, quæ in poteſtate erant, præteritæ præter jus illud accreſcendi, quod jus civile tribuebat, idem etiam jus habebant jure prætorio, quod emancipatæ, (in quo erravit Bacchovius, ut ſupra oſtendimus) & teſtamentum in totum evertebant. Quamquam poſt conſtitutionem Antonini non plus per bonorum poſſeſſionem contra tabulas conſequebantur, quàm quantum jure civili capiebant per jus accreſcendi, *l. ult. circa pr. C. de lib. pr.* & omninò veriſimile eſt, poſt eam conſtitutionem nec emancipatas per eãdem bonorum poſſeſſionem plus accepiſſe, quàm accepturæ fuiſſent, ſi manſiſſent in poteſtate: quod & Theophilus pro certo tradidit.

Promittit (ita legendum, non *permittit*, *l.7. Cod. comm. de ſucc. in Baſil.* ἐπάγγελται) *eis prætor bon. poſſeſſionem contra tabul.*] Teſtamentum, in quo emancipatus præteritus eſt, & civili & prætorio jure ſubſiſtit: & ideò emancipato præterito prætor non dat bonorum poſſeſſionem ab inteſtato unde liberi, ſicut præterito, qui in poteſtate eſt; (nam tale teſtamentum jure civili non conſiſtit) ſed reſcindit teſtamentum patris data bonorum poſſeſſione contra tabulas, *l.1.de leg. præſt. cont. tab.* neque aliud remedium emancipati præteriti habent. Cur verò ſuis præteritis, qui vel jure civili, vel ex edicto unde liberi ab inteſtato ſuccedere poſſunt, nihilominùs hoc etiam remedium à prætore detur, dicemus ſuo loco *tit. de bon. poſſ. l.3.* Quòd detur, ſatis argumenti eſt, tale teſtamentum jure prætorio non eſſe nullum: eſt enim remedium hoc natura ſua reſciſſorium; quod autem nullum eſt, reſcindi non poteſt, *l.5. de injuſt. rupt. teſt.* de quo copioſiùs diſſeruimus *in pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De adoptivis.

4. *Adoptivi liberi, quamdiu ſunt in poteſtate patris adoptivi, ejuſdem juris habentur, cujus ſunt juſtis nuptiis quæſiti. Itaque hæredes inſtituendi vel exhæredandi ſunt ſecundùm ea, quæ de naturalibus expoſuimus. Emancipati verò à patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverſo, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem ſunt in adoptiva familia extraneorum numero habeantur, ut eos neque hæres inſtituere, neque exhæredare neceſſe ſit: cùm verò emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea cauſa eſſe, in qua futuri eſſent, ſi à naturali patre emancipati fuiſſent.*

NOTÆ.

4. *Ejuſdem juris*] Extra nuptias quæſiti huc non pertinent. Legitimati tamen pertinent, §. 9. *inſ. de hær. ab int. Nov.* 89.

Neque jure civili, &c.] Non jure civili, quia deſinunt eſſe ſui hæredes: neque jure prætorio quia ſimul nomen quoque liberorum amittunt, *l.4. ſi tab. teſt. l.1. §.6. l.3. §.2. cont. tab.*

Extraneorum numero] Tãtùm tertio loco ab inteſta-

teſtato à prætore admittuntur in ordine cognatorum, §. 13. *inf. de hæred. ab inteſt. l. 1. §. 4. unde cogn.*

Cum verò emancipati, &] Scil. vivo patre naturali, §. 20. *inf. d. t.* Hoc enim caſu, ne utriuſque parentis exciderent ſucceſſione, voluit prætor eos jus naturale liberorum recuperare, *l. 4. ſi tab. teſt.*

COMMENTARIUS.

1 *Inſignis error Hotomanni notatus.*
2 *Iura liberorum adoptivorum emancipatione in totum diſſolvi.*
3 *Adoptatos, quamdiu ſunt in familia adoptiva, jus liberorum in familia patris naturalis non habere.*
4 *Emancipatos à patre adoptivo jus familiæ naturalis, quod emancipati beneficio prætoris habent, recuperare.*

CUm adoptio æquè liberis adoptatis tribuat jus & nomen filiorumfamil. ſuorumque hæredum, ac natura naturalibus, *leg. 1. & paſſim, de adopt. §. 2. inf. de hær. quæ ab int. l. 5. C. de ſuis & leg. cum ſimilib.* conſequens omninò eſt, ut ipſi non minùs, quàm liberi naturales, hæredes inſtitui debeant, aut exhæredari; atque ut præteriti idem jus habent circa parentum teſtamenta infirmanda, quod naturales habent, *l. 1. in pr. cont. tab.* Naturales autem liberos hìc intelligimus eos, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt; ſic enim paſſim in collatione adoptivorum appellantur, ut notavimus ad *pr. ſupr. de adopt.* Cæterum legitimati quoque appellatione naturalium continentur: quippè quibus eadem jura per omnia data ſunt, quæ habent ii, qui ab initio ex legitimo matrimonio nati ſunt, *d. §. 2. inf. de hær. ab int. Nov. 89. De his dictum, §. ultim. ſup. de nupt.*

Secundùm ea, quæ de naturalibus expoſuimus] Et igitur filii adoptivi nominatim exhæredandi, nepotes & filiæ vel inter cæteros. Item filio adoptivo præterito, aut non ritè exhæredato teſtamentum ipſo jure nullum eſt; filia & nepote præteritis firmum manet, ſed præteriti inſtitutis hæredibus accreſcunt ad eam portionem, ad quam præteritæ filiæ & nepotes naturales, ſecundùm ea, quæ tradita ſunt initio hujus titul. Dormitavit ergo Hotomannus, cum putavit,
1 majus jus fuiſſe filiæ adoptivæ, quàm naturalis; quaſi illius præteritio teſtamentum rupiſſet, hujus non rupiſſet, per *l. 8. in pr. de injuſt. rupt. teſt.* Alioqui certè vidiſſet, Ulpianum loqui eo loci non de præteritione filiæ, quæ jam ante à teſtatore adoptata fuerat, quàm teſtamentum faceret; verùm de adoptata vel adrogata demum poſt factum teſtamentum: quæ cùm utatur jure poſthumæ, & in poſthumis ſexus non diſtinguatur, quod ad effectum rumpendi attinet, §. 1. *ſupr. eod.* teſtamentum rumpit quaſi agnatione ſui hæredis.

Emancipati à patre adoptivo neque jure civili, &c.] Jura liberorum adoptivorum non diutiùs durant, quàm quamdiu conſtat adoptio: ea per emancipationem diſſoluta, nullum ampliùs jus 2
habent, ſed penitùs extranei ſunt patri quondam adoptivo, ſive jus civile ſpectes, quia deſierunt eſſe ſui hæredes: ſive honorarium, quia & nomen liberorum amiſerunt, ut ceſſet ratio naturalis & æquitas edicti, *l. 4. unde liberi, l. 1. §. & ſui 6. l. 3. §. 2. cont. tab.* Et igitur nec teſtamento facto præteriti contra tabulas admittuntur, hoc text. & *§. eadem 12. inf. de hær. quæ ab int.* nec ad bonorum poſſeſſionem unde liberi ab inteſtato, *l. 1. §. liberos. 6. d. l. 4. unde lib. §. minus ergo 9. & d. §. eadem inf. de hær. ab int.*

Quamdiu ſunt in adoptiva familia, extraneorum numero] Liberi adoptati quamdiu ſunt in familia adoptiva, jus liberorum non habent in familia patris naturalis; ſed huic interim intelliguntur eſſe extranei, non tantùm jure civili, verùm etiam eo jure, quod pertinet ad edictum prætoris. Etenim prætor abundè eos habere cenſuit in familia patris adoptivi, cui jure civili ſuccedunt, unde jacturam bonorum patris naturalis ſarciant: abſurdum autem eſſe, unum atque eumdem jus filii cum effectu ſuccedendi obtinere in bonis duorum patrum. Quamobrem qui in adoptiva familia ſunt, quo tempore naturalis parens moritur, ii præteriti, neque jure civili teſtamentum nullum dicere poſſunt, nec jure prætorio bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, nec quaſi liberi ab inteſtato, *§. at hi 10. cum ſeqq. inf. de hær. ab int. fac. l. ult. unde lib.* tantùm tertio ordine hoc caſu admittuntur ut cognati, *§. admonendi 13. d. tit.* 3

Cùm emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt, &c.] Quoniam emancipati à patre 4
adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, ut modò relatum eſt, ne utriuſque parentis ſucceſſione fraudentur, voluit prætor eos jus familiæ naturalis recuperare, *dict. l. 4. unde lib.* hoc eſt, eo jure haberi, ac ſi à vero & naturali patre emancipati eſſent, inque eo ſtatu ſemper manſiſſent, ut niſi hæredes inſtituti, aut exhæredati fuerint, bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere poſſint. Nec intereſt, utrùm qui à naturali parente in adoptionem datus ſit, an qui emancipatus ab eo ipſe ſe adrogari ſciverit, poſtea iterum à patre adoptivo emancipetur, dum tamen vivo adhuc parente naturali. Quod omninò addendum eſt *dict. §. at hi 10. infr. de hær. quæ ab int. def.*

TEXTUS.

Jus novum.

5. *Sed hæc quidem vetuſtas introducebat. Noſtra verò conſtitutio inter maſculos & fœminas in hoc jure nihil intereſſe exiſtimans, quia utraque perſona in hominum procreatione ſimili naturæ officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes*

ſimi-

Digitized by Google

ſimiliter ad ſucceſſionem ab inteſtato vocabantur, quod & prætores poſteà ſequuti eſſe videntur: ideò ſimplex ac ſimile jus, & in filiis & in filiabus & in cæteris deſcendentibus per virilem ſexum perſonis, non ſolum jam natis, ſed etiam poſthumis, introduxit; ut omnes ſive emancipati ſint, vel hæredes inſtituantur, vel nominatim exhæredentur: & eumdem habeant effectum circa teſtamenta parentum ſuorum infirmanda & hæreditatem auferendam, quem filii ſui vel emancipati habent, ſive jam nati ſint, ſive adhuc in utero conſtituti, poſteà nati ſint. Circa adoptivos autem filios certam induximus diviſionem, quæ in noſtra conſtitutione, quam ſuper adoptivis tulimus, continetur.

NOTÆ.

5. *Noſtra conſtitutio*] *L. 4. C. h. t.* ex qua petenda interpretatio hujus §.

Lege 12. tabularum] *L. 14. C. de legit. hær.* ubi hæc eadem iiſdem ferè verbis exponuntur.

Et prætoris ſecuti] In danda bonorum poſſeſſione ab inteſtato, *unde liberi*; nam prætor contra tabulas filiabus non dedit, quæ vel inter cæteros exhæredatæ, *ſup. pr. & §. 3. eod.*

Per virilem ſexum] Quippè matri & avo materno in cauſa inſtitutionis & exhæredationis liberi extranei ſunt tam jure prætorio, quàm civili, *inf. §. ult.*

Ut omnes] Tam filiæ & nepotes neptesque quàm filii: & tam naſcituri, quàm jam nati. Tollitur igitur hic differentia, quæ oriebatur ex ſexu & gradu tam in ſuis *ſup. in pr.* quàm emancipatis, *ſup. §. 3.* tam in jam natis, quàm in poſthumis, *§. ſup.* Differentia autem inter ſuos, & emancipatos non tollitur, hoc eſt, emancipati liberi non exæquantur ſuis, ut & ipſis præteritis teſtamentum jure non ſubſiſtat.

In utero conſtituti] Ut filiæ poſthumæ non nominatim exhæredatæ agnaſcendo rumpant, licèt legatum acceperint: quod ſecus erat jure antiquo, *§. 1. ſup.*

Noſtra conſtitutione] *L. pen. C. de adopt.* cujus ſententia refertur, *§. 2. ſupr. de adopt.* & pleniùs *infr. §. 14. de hær. quæ ab int.*

COMMENTARIUS.

1. *Sublatio differentiæ circa effectum præteritionis & modum exhæredationis liberorum, ratione ſexus.*
2. *Eorumdem circa eadem exæquatio ratione graduum.*
3. *Sublatio diſcriminis, quod circa eadem erat in ſexu inter poſthumos.*
4. *Falli qui putat hoc §. tolli differentiam ſuorum & emancipatorum.*
5. *Quid novi circa liberos adoptivos induxerit Juſtinianus.*

HUc uſque relatio juris antiqui: ſequitur novum introductum conſtitutione Juſtiniani, quæ extat, *l. ult. C. h. t.* qua ille conſtitutione ſuſtulit veterum in re, de qua diſputamus, differentiam ſexus & gradus liberorum, natorum & poſthumorum; juſſitque omnes, ſive mares ſint, ſive fœminæ, ſive filii, ſive nepotes, ſive jam nati, ſive adhuc naſcituri, æquabiliter vel inſtitui vel exhæredari, ſive de jure civili quæratur, ſive de jure prætorio. Triplicem autem hoc loco cauſam affert, qua motus novum hoc jus conſtituerit, quæ tamen in ſumma una eſt, favor ſexus fœminei.

Quia utraque perſona ſimili naturæ officio] Prima ratio introducendi novi juris, quod fœminæ in procreatione liberorum eodem cum maribus officio naturæ funguntur. Et ideò in conſtitutione ſua inſurgit in auctores iſtarum differentiarum, quaſi naturæ accuſatores exiſtant: quæ cur, inquit, non totos maſculos generavit, ut unde generentur, non fiant? Cæterum ut demus hoc verum eſſe, & utique hoc verum eſt, naturam utroque ſexu ad cõſervationem humani generis æqualiter indigere: ratio tamen hæc tanti non eſt; ut propter eam jus vetus tamquam iniquum mutari debuerit; ſanè non ideò dicendus eſt naturam accuſare, qui maſculos à fœminis in ſucceſſione parentum ſive teſtamentaria ſive ab inteſtato ſecernit: alioqui & ipſe naturæ auctor accuſandus fuerit, qui filio ſuperſtite à ſucceſſione partis excludit filiam, *Num. 27. v. 8.* Sunt enim & alia, maximèque jura familiæ & agnationis, ob quæ meliore conditione mares eſſe in cauſa ſucceſſionis quàm fœminas, iniquum non eſt.

Et lege antiqua 12. tab. omnes ſimiliter] Ratio altera, quam argumentando à ſucceſſione ab inteſtato ad teſtamentariam novi ſui juris æquitatem commendat. Notum autem eſt, leg. 12. tab. in ſucceſſione liberorum ab inteſtato nullum diſcrimen in ſexu agnoſcere, filiaſque non minùs, quàm filios, ad hæreditatem inteſtati parentis vocare. Quin & nepotes neptesque ex filio, qui in poteſtate ſunt, ſi filius ſuus hæres eſſe deſiit, *l. 1. §. 2. & 4. de ſuis & legit. §. 2. & inf. de hær. ab int.* & tamen diſtinctio inter ſexum & gradum teſtamento facto eſt ex ratione ejuſdem legis, *arg. l. 8. §. 1. de injuſt. rupt. teſt.* & certè priùs eſt evertere teſtamentum, quàm jus ſuccedendi ab inteſtato habere. At: *Quod & prætores poſteà ſecuti videntur.* Scilicet in danda bonorum poſſeſſione ab inteſtato: nam teſtamento facto filiabus inter cæteros exhæredatis contra tabulas bonorum poſſeſſionem nec prætor dedit, non magis quàm emancipatis aut filiabus poſthumis, quibus inter cæteros exhæredatis legatum adſcriptum erat, *§. 1. & 3. ſupr. junct. l. 8. in princ. cont. tab.*

Et in filiis & in filiabus & in cæteris, non ſolùm jam natis, ſed etiam poſthumis] His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis & formam exhæredationis,

Digitized by Google

quæ præcedentibus §§. ex eo jure relata eſt. Et primùm exæquantur liberi in ſexu, (pertinent autem hæ exæquationes ad utrumque jus, prætorium & civile) jubenturque tam filiæ, quàm filii, ſi hæredes non inſtituantur, nominatim exhæredari: præteritis aut non nominatim exhæredatis datur idem jus ad infirmandum patris teſtamentum, quòd filii ſui vel emancipati præteriti aut non nominatim exhæredati, illi jure civili, hi jure prætorio habent. Filiabus igitur, quæ in poteſtate ſunt, præteritis jus teſtamentum nullum] dicendi; emancipatis evertendi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Itaque quod in *pr. hujus tit.* ex jure veteri traditum eſt, filiabus, quæ in poteſtate erant, præteritis teſtamentum non fuiſſe nullum, ſed præteritas ſalvo teſtamento ad certam portinem accreviſſe hæredibus ſcriptis, hic jam abrogatur, & teſtamentum jubetur eſſe inutile. Uti & illud, quod eodem loco refertur, potuiſſe & inter cæteros filias haſce exhæredari, eo ſcilicet effectu, ut & jus civile eas repelleret à jure accreſcendi, & prætor à bonorum poſſeſſione contra tabulas, *l. 8. cont. tab.* Nullumque aliud remedium eis ſupereſſe, præter unum querelæ inofficioſi, *arg. d. leg. 8. junct.* §. *ult. inf. hoc tit.* Nunc enim poſt conſtitutionem Juſtiniani etſi exhæredatæ ſunt, dum tamen non nominatim, ſed inter cæteros, teſtamentum jure civili non magis ſubſiſtit, quàm ſi filius inter cæteros exhæredatus ſit, patebitque eis ut præteritis etiam prætorium, quod dixi, remedium, ceſſante querela inofficioſi teſtamenti, *d. leg. 8. §. 2. cont. tab. junct.* §. 2. *inf. de inoff. teſt.* Denique & illud, quod prætori ſatis erat ad denegandum filiabus emancipatis bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſi inter cæteros eſſent exhæredatæ: nunc enim tanquam præteritæ à prætore admittendæ ſunt inſtar filiorum emancipatorum, quos non nominatim exhæredatos pro præteritis & olim prætor habuit, §. *emancipatos, ſup. eod.* Secundò tollitur diffe-

2 rentia graduum, liberique ſecundi gradus & inferiorum æquantur liberis primi gradus, hoc eſt, nepotes & deinceps per virilem ſexum deſcendentes filiis, quoad utriuſque juris effectum. Ac proindè quemadmodum filii ſui, ita & ſui nepotes deinceps vel inſtituendi ſunt, vel nominatim exhæredandi, iiſque præteritis aut non nominatim exhæredatis, perinde teſtamentum ipſo jure nullum erit, ac ſi filius, qui in poteſtate eſt, præteritus aut non nominatim exhæredatus eſſet: ceſſatque jus vetus accreſcendi, quod manente teſtamento nepotibus quoque, ſuis præteritis dabatur, *d. pr. hujus tit.* & prætor etiam generali tantùm clauſula exhæredatos tanquam præteritos nunc agnoſcit. Deinde ut filio emancipato non inſtituto neque nominatim exhæredato prætor dat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ita &

3 natis ex eo, qua pater eos non præcedit, per *l. 3. in pr. &* §. 3. *cont. tab.* Tertiò tollitur differentia inter natos & poſthumos, & ſimul quæ in ſexu quoque erat inter ipſos poſthumos, jubenturque & filiæ poſthumæ & neptes ex filio inſtitui aut nominatim exhæredari, perinde ut liberi jam nati, & poſthumi maſculi: idemque jus datur filiabus & neptibus poſthumis præteritis, vel non ſpecialiter exhæredatis, quod poſthumi maſculi habent, ſcilicet ut agnaſcendo teſtamentum rumpant, etiamſi legatum acceperint: quod ſecus erat jure veteri, §. 1. *ſup. eod.* quo jure cùm nec prætor bonorum poſſeſſionem contra tabulas daret, *d. l. 18. cont. tab.* neceſſaria hoc caſu erat poſthumis fœminis querela inofficioſi teſtamenti §. *inf. de inoff. teſt.* nunc autem & jure civili tanquam præteritæ rumpunt, & à prætore non negliguntur. Atque hanc eſſe hujus loci ſententiam cum ſequentia demonſtrant, tum apertiſſimè *d. l. ult. verſ. ſancimus, & ſeq. C. hoc tit.*

Ut omnes ſive ſui, ſive emancipati ſint, &c.] Hallucinatur *Bart. in auth. ex cauſa, C. hoc tit.* & cum eo ferè interpretes vetuſtiores, qui teſte Curtio Jun. *in d. auth. num. 43.* & Jul. Claro §. *teſtamentum, quæſt. 42. nu. 2.* tolli quoque hoc loco putant differentiam liberorum ſuorum & emancipatorum. Palam enim eſt his verbis, *Ut omnes ſive ſuis ſive emancipatis, eundem habeant effectum, quem filii ſui vel emancipati habent*, non comparari emancipatos cum ſuis, ſed cum filiis ſuis cæteros ſuos liberos, cum filiis emancipatis cæteros emancipatos eorumque maſculorum liberos, cum ſexu virili ſexum fœmineum, cum gradu primo gradus inferiores: ac proindè non hoc velle Juſtinianum, ut emancipati ſublata neceſſitate auxilii prætorii redigantur ad conditionem filiorum ſuorum: verùm ut filiæ, nepotes, neptes, & deinceps per virilem ſexum deſcendentes, redigantur ad conditionem filiorum, ſui & ſuæ ad ſuorum, & jus, quod illi habent jure civili; alii aliæve ad emancipatorum, & jus, quod illi habent jure prætorio; ut ſui ſuæve præteriti præteritæve aut nominatim non exhæredati exhæredatæve ad inſtar filii ſui teſtamẽtum ipſo jure evertant, alii aliæve ad inſtar filii emancipati per contra tabulas bonorum poſſeſſionem ſtare hoc non patiantur. Quibus ferè verbis ipſe Juſtinianus utitur in *d. ſua conſtitutione, verſ. ſancimus*, Thalelæus ad *l. 1. §. 1. Comm. de man.* ibi, *In aliis penè omnibus nulla eſt inter liberos diſcretio*: Καλῶς εἶπε, τὸ σχεδὸν, ἐπειδὴ οἱ μὲν ὑπεξούσιοι, præteriti [illegible], οἱ δὲ emancipati contra tabulas ἔχουσι. Nihil pro Bart. facit, quod Juſtinianum impulit ad novi juris conſtitutionem ſimplex & æquale liberorum jus in ſucceſſione ab inteſtato. Imò contra. Nam ut in cauſa inteſtati lex duodecim tab. non diſtinguebat ſexum & gradum in ſuis, prætor non diſtinguebat in emancipatis: ita nunc ſimiliter in cauſa teſtamenti eamdem vult ſervari ſimplicitatem jure civili in ſuis, jure honorario in emancipatis. Igitur nec in ſucceſſione ab inteſtato par conditio emancipatorum & ſuorum fuit, nec par hic facta eſt à Juſtiniano. Et alioqui ſequeretur, nepotem ex filio emancipato in poteſtate retentum poſt conſtitutionem Juſtiniani

non

non potuiſſe ampliùs ſuccedere in locum patris ſui, & jura ſuorum hæredum nanciſci in familia avi, nec ab avo præteritum rumpere teſtamentum. Quæ omnia perſpicuè falſa eſſe conſtat. Et demum longo tempore poſt in ſucceſſione ab inteſtato Juſtinianum emancipatos ſuis exæquaſſe apparet, ex *Nov.118.cap.1.* quæ tamen exæquatio ſic rectè accepta eſt, ut nihil ampliùs tribuat emancipatis, quàm ut jure civili hæreditatem capere poſſint citra beneficium prætoris; non ut ipſo jure, ut ſui, hæredes exiſtant; ſed ut fiant hæredes hæreditatem adeundo, ſicut extranei: nec tamen hoc trahendum eſſe ad ſucceſſionem teſtamentariam, inde colligo, quòd teſtamentum ipſo jure evertere majus aliquid ſit, quàm ut non ſuis hæredibus præteritis concedi debeat.

Circa adoptivos certam induximus diviſionem] *L. pen. C. de adopt.* Cujus ſententia refertur *§. 2. ſup. de adopt.* Et iterum pleniùs *§. ſed ea 14. inf. de*
5 *hær. quæ ab inteſt.* Quod quamobrem hic Imperator conſtituerit, tribus verbis indicabo. Olim qui à patre naturali in adoptionem dabantur, tranſibant ſine ulla diſtinctione in familiam & poteſtatem patris adoptivi: unde quamdiu conſtabat adoptio, pro extraneis erant patri naturali, in tantum ut nec à prætore jure liberorum cenſerentur, ſed cognatorum dumtaxat. Emancipati autem à patre adoptivo recipiebant jus naturale liberorum, quod beneficio prætoris habent emancipati à patre naturali, dum in eo ſtatu manent: cæterum hoc ita, ſi vivo adhuc patre naturali emancipati erant, non ſi poſt mortem ejus, ne legitimis aut ſcriptis hæredibus ſemel delata aut quæſita hæreditas auferretur, *§. at hi 10. inf. de hær. ab int.* Unde cùm fieri poſſet, ut hic filius utriuſque patris hæreditate excideret; patris naturalis, quòd eo moriente adhuc eſſet in familia adoptiva; & ſimul etiam patris adoptivi, ſi poſteà emanciparetur: huic incommodo à Juſtiniano occurſum eſt, cautumque ne liberi à patre naturali in adoptionem dati jus ſucceſſionis, aliudve jus ullum, in familia ejus amittant, neve tranſeant in poteſtatem patris adoptivi, extra quam ſi avus nepotem ex filio emancipato in adoptionem acceperit. Hoc conſtituto jam per ſe intelligitur, ei, qui extraneum adoptaverit, nullam neceſſitatem imponi hunc vel inſtituendi vel exhæredandi, ſive jus civile, ſive prætorium conſideres, ſive etiam extraordinarium remedium querelæ inofficioſi: ſed patri naturali, in cujus poteſtate manet: qui autem nepotem adoptat, eum debere hunc inſtituere vel nominatim exhæredare, perinde ut antea juris erat in omnibus adoptivis: & denique hunc nepotem patri ſuo naturali interim pro extraneo eſſe, *§. præc.* Hæc autem ad nos non pertinent, quibus adoptionum jura incognita, *vid. ſup. de adopt.* Sed neque neceſſitatem exhæredandorum liberorum naturalium, ſi hæredes non inſtituantur, agnoſcimus quoniam ſuos hæredes non habemus: valetque in his regionibus teſtamentum ipſo jure, etiamſi filius in eo præteritus ſit: eique dumtaxat ſuccurritur remedio querelæ inofficioſi, *Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 5. Grot. lib. 2. manud. c. 18.* de quo plura alibi.

Textus.

De teſtamento militis.

6. Sed ſi in expeditione occupatus miles teſtamentum faciat, & liberos ſuos jam natos vel poſthumos nominatim non exhæredaverit, ſed ſilentio præteriverit, non ignorans an habeat liberos, ſilentium ejus pro exhæredatione nominatim facta valere, conſtitutionibus Principum cautum eſt.

Notæ.

6. *Non ignorans*] Secus eſt, ſi neſciverit, fortè quòd falſo rumore perlatum eſſet, eos in rebus humanis eſſe deſiiſſe, *l. 9. & ſeq. Cod. de teſt. mil. l. 7. D. eod.*

Silentium pro exhæredatione] Ad quem effectum reſpiciens Ulp. dixit militem ſilentio exhæredare, *l. 12. de bon. libert.*

Conſtitutionibus Principum] Gordiani in *d. l. 9.* & Philippi in *l. 10. C. de teſt. mil.*

Commentarius.

1 *An teſtamentum militis ſubjaceat querelæ inofficioſi.*

Militibus jure militari teſtantibus non ſolùm remiſſæ ſunt ſolemnitates illæ externæ, numeri teſtium, rogationis, obſignationis, ſubſcriptionis, contextus, quas cives omnes jure communi teſtamentum facientes obſervare tenentur; ſed etiam intrinſeca hæc, quæ ad parentes teſtantes pertinet, liberorum ſcilicet vel inſtitutio vel exhæredatio; placetque præteritionem militis, dum non ignoret ſe liberos habere, aut uxorem prægnantem eſſe, obtinere vim exhæredationis, *l. 9. & l. ſeq. C. de teſt. mil.* ad quem effectum reſpiciens Ulp. dixit, militem ſilentio exhæredare, *l. 12. de bon. libert.* Ait, *in expeditione occupatus.* Igitur extra & citra expeditionis neceſſitatem ſi miles teſtamentum faciat, quia id juxta regulas juris communis ordinare debet, præteritio ejus pro exhæredatione non erit, neque civili jure, neque prætorio. Non obſtat, quod reſcriptum eſt *l. 9. C. de inoff. teſt.* filios queri non poſſe de inofficioſo teſtamento militis vel jure militari vel civili facto. Nam ut de inofficioſo agi poſſit, neceſſe eſt, ut teſtamentum rectè factum ſit, & jure ſubſiſtat: at teſtamentum jure communi factum non ſubſiſtit, in quo liberi præteriti ſunt, aut ſi de emancipatis quæratur, neceſſe eſt, ut prætor eos non agnoſcat; ſi de poſthumis, ut nati non rumpant, *§. 2. inf. de inoff. teſt.*

Non ignorans, an habeat liberos] Quòd militis præteritio pro exhæredatione habeatur, voluntati ejus tributum eſt, quæ ſola teſtamentum ſuſti-

net,

Digitized by Google

net, & pro jure ſervatur, *l. 1. de teſt. militis, l. 1. C. eod.* Ut autem voluntas exhæredandi obſcura non eſt, ubi quis ſcit ſe habere liberos, iiſque ſilentio præteritis alios hæredes inſtituit; ita contra deeſſe illa voluntas intelligitur, ubi eùm id neſciret, fortè quod falſo rumore perlatum eſſet, eos in rebus humanis eſſe deſiiſſe, alios ſcripſit. Quod ex communi parentum omnium erga liberos affectu ſumitur, quaſi quod omninò credendum eſt, ſi ſciviſſet ſe habere liberos, eos ipſos, non alios ſibi hæredes ſcripturus fuiſſet, *d. l. 9. & l. ſeq. eod. tit. l. ſi filiusfam. 33. §. 2. eod.* Quapropter pro diverſitate liberorum per ignorantiam à milite præteritorum, aut teſtamentum hoc nullum dici poterit, aut reſcindetur remedio prætorio, aut rumpetur agnatione, & in tantum, ut nec legata ex eo præſtanda ſint, *leg. militis 36. §. 2. de teſt. mil.*

Pro exhæredatione nominatim facta] Sequitur ergo nec liberos ſuos ſcienter à patre milite præteritos teſtamentum poſſe nullum dicere, nec emancipatos admitti ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, nec poſthumum præteritum agnaſcendo rumpere. An ne igitur ſaltem querela inofficioſi dabitur, quod unum eſt exhære-
2. daris perfugium? Nequaquam, *l. ſi inſtituta 27. §. 2. de inoffic. teſtam. l. 9. l. teſtamentum 24. l. ult. Cod. eod.* Planè legitimam eos petere poſſe per condictionem ex lege, *argum. auth. Presbyteros, Cod. de Epiſc. & Cler.* Gloſſa & Cyn. *in d. l. 9.* tradiderunt. Hoc autem totum jus cùm ſit ſingulare, & militum dumtaxat ex privilegio, nulla ratio eſt, quamobrem cum Claro *§. teſtamentum, q. 50. num. 6. Gloſſ. §. teſtamentum, q. 7. num. 3.* & interp. vulgò dicamus ſublatum eſſe, *novel. 115. c. 3.* generalique conſtitutione etiam milites, & militaria teſtamenta contineri, hoc eſt, eos etiam jure militari teſtantes redigi ad conditionem paganorum, quantum pertinet ad neceſſitatem inſtitutionis aut exhæredationis liberorum. Quod etiam D. Viglius hìc poſt Lud. Roman. in *d. l. 9.* obſervavit, & tandem re diligenter inſpecta probat, *D. Tulden. in C. de teſt. milit. num. 6. item D. Perez. ibid. n. 12. add. Vaſq. lib. 3. de ſucc. creat. §. 24. n. 51.*

TEXTUS.

De Teſtamento matris, aut avi materni.

7. *Mater vel avus maternus neceſſe non habent liberos ſuos aut heredes inſtituere, aut exheredare: ſed poſſunt eos ſilentio omittere. Nam ſilentium matris, aut avi materni, & ceterorum per matrem adſcendentium tantum facit, quantum exheredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, ſi eum eamve heredem non inſtituat, exheredare neceſſe eſt, ſive de jure civili quæramus, ſive de edicto pretoris, quo prætor preteritis liberis contra tabulas bonorum poſſeſſionem promittit: ſed aliud eis adminiculum ſervatur, quod paulò poſt vobis manifeſtum fiet.*

NOTÆ.

7. *Mater vel avus maternus*] Conditio liberorum facit, ut matris & avi materni præteritio vim exhæredationis habeat; quia matri & avo materno, nec ſui hæredes ſunt, nec deſierunt eſſe ſui hæredes, *l. 4. §. 2. Cont. tab. l. 13. de ſuis & leg.*

Silentium matris, &c. tantum facit] Et hoc etiamſi mater ignoraverit ſe liberos habere. Sed hoc caſu legata & libertates non intercidunt, quia color dementiæ hìc obtendi nequit, *l. 27. §. ult. & l. ſeq. de inoff. teſt.*

Sive de jure civili] Quo jure ſoli ſui hæredes præteriti, ſive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati teſtamentum tollunt aut rumpunt, *§. 5. ſup.*

Edicto prætoris] Quo liberi emancipati, ſive qui ſe eſſe deſierunt, præteriti vocantur ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem; non qui nec ſui ſunt, neceſſe deſierunt, *d. §. 5. l. 1. l. 4. §. 2. cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Quòd matris præteritio vim exhæredationis habeat, id facere conditionem liberorum.*
2. *Propter eamdem conditionem præteritos à matre jus antiquum ſcriptio accreſcendi non habuiſſe.*
3 *Explicatus locus Pauli* l. 4. §. 2. cont. tab.
4 *Quodnam ſit illud adminiculum, cujus in calce hujus text. ſit mentio.*

QUòd militis præteritio vim exhæredationis habet, ex privilegio eſt; quòd matris & avi materni, facit liberorum conditio, qui matri & avo materno jure civili pro extraneis ſunt, *§. 3. inf. de hær. qual.* Nimirum lex civilis, quæ magis familiarum conſervationem ſpectavit, quàm 1
naturam, non eodem modo materna bona liberis addicit, ut paterna; non ſic, ut filius maternæ quoque dotis viva adhuc ea dominus quodammodò exiſtat, uti bonorum patris eſt. Quapropter ſi ea alium hæredem inſtituat filio præterito, nullam, quod ad eam legem attinet, injuriam filio facit, cùm ſuum ei non adimat, & ideò fruſtra etiam requiratur exhæredatio; imò nec propriè dici poſſit filium exhæredare, cùm exhæredare ſit ſuam filio hæreditatem adimere: ſi quidem ubi non eſt habitus, ibi non poteſt eſſe privatio. Igitur quia mater ſuos hæredes non habet, & nepotes ex filia non ſunt ſui hæredes avo, ideò ſilentium matris & avi materni tantum facit, quantum exhæredatio patris. Et hoc etiamſi ignoraverint ſe liberos habere, contra quam in milite prætereunte jus eſt, *l. ſi inſtituta 27. §. ult.*

&

& l. ſeq. de inoff. teſt. facit huc l. 4. §. 2. de bon. poſſ. cont. tab. l. nulla 13. de ſuis & legit. hær.

Sive de jure civili] Quia, ut diximus, non ſunt ſui hæredes, hoc eſt, non tales, qui vivo adhuc parente jus aliquod habeant, quod poſt mortem illius in iis continuetur, niſi expreſſè 2 exhæredes eſſe juſſi ſint, *l. in ſuis hoc tit.* Quamobrem nec ad jus civile antiquum pertinent, quo ſolus filius ſuus præteritus teſtamentum infirmabat, cæteri, liberi, ſed ſui item dumtaxat, præteriti, portionem ſcriptis hæredibus accreſcendo auferebant, *ſup. p. hujus tit.* nec ad jus novum, quo omnes quidem liberi ſui, ſed ſoli præteriti, ſive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati, nullum dicunt aut rumpunt, *§. ſed hæc 5. ſup. eod.*

Sive de edicto prætoris] Paulus *l. 4. §. 2. cont. tab.* ſcribit, editum contra tabulas bonorum poſſeſſionis non pertinere ad teſtamenta fœminarum, addita hac ratione, quia fœminæ ſuos hæredes non habent. Quæ tamen ratio videri poteſt non eſſe ſufficiens: non enim ad ſuos tantùm hæredes, ſed etiam ad emancipatos, quos conſtat ſuos hæredes non eſſe, & vel maximè, id edictum pertinet; utpotè quorum cauſa princi-
3 paliter comparatum eſt, *§. 3. ſup. eod.* Verùm amplius quid ſignificare Paulus voluit, nempè edictum iſtud non pertinere ad eos liberos non ſuos, qui & numquam ſui fuerunt: matrem autem, ut ſuos hæredes non habet, ita nec poſſe deſinere habere: quod idcircò etiam à Gajo expreſſum videtur *l. nulla 13. de ſuis & legit. hær.* Nimirum prætor, quo minimum à ratione juris civilis recederet, eorum dumtaxat, qui ex maſculis progeniti eſſent, rationem habuit, & jus ſuitatis, quod emancipatis abſtulerat capitis deminutio, reſciſſa ea reſtituit, *l. 6. §. 1. de bon. poſſ.* Atque ita jus à ſe introductum ſpecie quadam ſuitatis coloravit, cujuſmodi colore tegere ex fœminis natos non potuit.

Aliud eis adminiculum ſervatur] Potuiſſet toti- 4
dem verbis adminiculum iſtud indicare. Intelligit autem querelam inofficioſi teſtamenti. Quod remedium cùm initio tantùm competeret liberis, qui eo quòd à patre exhæredati eſſent, neque civili jure, neque prætorio teſtamentum turbare poterant, *l. 8. in pr. cont. tab.* poſtquàm ex Senatuſconſulto Orficiano etiam matris ſucceſſio liberis delata eſt, datum quoque eſt exhæredatis, ſive, quod hìc eamdem vim habet, præteritis à matre, ſuadente id eadem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *inf. tit. 18.* quo loco ſimul diſcemus, id etiam parentibus iniquè exhæredatis, vel præteritis, nonnunquam & fratribus dari. Cætera quoque in eumdem locum examinanda rejicimus, quæ ab interpretibus diſputari ſolent; veluti, an adhuc poſt *Nov. 115. c. 3.* præteritio matris & per matrem adſcendentium pro exhæredatione ſit: an liberis à patre præteritis teſtamentum adhuc ſit irritum, tum quoad legata & cæteros articulos, quàm quoad inſtitutionem: an formæ exhæredationis aliquid adjectum, quo non obſervato teſtamentum, quod jure veteri ſubſtitiſſet, nunc ſit nullum; aliaque ex eodem fonte manantia: poſtremò etiam jus harum & vicinarum regionum, quod etiam à noviſſimo Juſtinianeo, quoſcumque interpretes ſequare, multum oſtendemus recedere.

Titulus XIV.

De hæredibus instituendis.

D. Lib. 28. Tit. 5. C. Lib. 6. Tit. 24.

Ratio diſpoſitionis, & argumentum tituli.

Dictum hactenus de iis rebus, quas parentes cavere debent & teſtamento ſuo complecti, ſi id juſtum ratumque eſſe velint: ſequitur nunc ipſum teſtamenti formale, hæredis ſcilicet inſtitutio. Ea caput & fundamentum teſtamenti eſſe dicitur, *§. ante 34. inf. de legat.* proptereà quòd ſine ea teſtamentum conſiſtere non poteſt. Dicitur & teſtamentum ex ea ſola robur ac firmamentum capere; quia ad vim teſtamenti nihil aliud requiritur, quàm ut quis hæres inſtitutus ſit, utique extra neceſſitatem inſtituendi aut exhæredandi certas perſonas. Inde dictum, eum, qui neque legaturus quid eſt, neque quemquam exhæredaturus, poſſe tribus verbis teſtamentum facere, ut dicat, *Lucius hæres eſto*, *l. 1. §. 3. hoc tit.* Hæredem inſtituere, eſt ſcribere vel nuncupare teſtamento, quem tibi velis bonorum & univerſi juris ſucceſſorem eſſe? Quibus verbis inſtitutio fiat, parum refert, modò per ea liqueat voluntatis intentio, *l. quoniam 15. C. de teſtam.* quo loco Conſtantinus abrogat differentiam, quam faciebat antiquitas inter verba directa, & inflexa, auctore *Ulp. tit. 21.* Titulus hic noſter tres partes continet; quarum in prima agitur de iis, qui hæredes inſtitui poſſunt; in altera de quota hæreditatis, quam vel unus vel plures inſtituti habere debeant ex ratione juris, aut voluntate defuncti: in tertia de forma ſeu modo inſtituendi atque iis, quæ inſtitutioni benè, aut perperam adjiciuntur.

Textus.

Qui poſſunt hæredes inſtitui.

Hæredes inſtituere permiſſum eſt tam liberos homines, quàm ſervos; & tam proprios, quàm alienos. Proprios autem olim quidem

ſecun-

Digitized by Google

ſecundùm plurium ſententias non aliter, quàm cum libertate: rectè inſtituere licebat. Hodie verò etiam ſine libertate ex noſtra conſtitutione eos hæredes inſtituere permiſſum eſt. Quod non per innovationem induximus, ſed quoniam æquius erat, & Atilicino placuiſſe, Paulus ſuis libris, quos tam ad Maſarium Sabinum, quàm ad Plautinum ſcripſit, refert. Proprius autem ſervus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem teſtator habet, alio uſumfructum habente. Eſt tamen caſus in quo nec cum libertate utiliter ſervus à domina hæres inſtituitur, ut conſtitutione divorum Severi & Antonini cavetur. Cujus verba hæc ſunt: Servum adulterio maculatum non jure teſtamento manumiſſum ante ſententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejuſdem criminis poſtulata, rationis eſt. Quare ſequitur, ut in eumdem a domina collata hæredis inſtitutio, nullius momenti habeatur. *Alienus ſervus etiam is intelligitur, in quo uſumfructum teſtator habet.*

NOTÆ.

Hæredes inſtituere] Scribere vel nuncupare, *l.1. §.1. D. eod.* Eſt autem hæredis inſtitutio caput & fundamentum teſtamenti, §.34. *inf. de legat.* neque enim ſine ea teſtamentum poteſt conſiſtere, §.2. *inf. de fid. hær.* Quibus verbis nunc fiat, parum refert, modò per ea liqueat voluntatis intentio, *l.15.C.de teſtam.*

Quàm ſervos] Non minùs ſervos, quàm liberos, Cajus *l.31.eod.*

Quàm alienos] Si modò eorum ſervi ſint, quos ipſos hæredes inſtituere poſſumus: nam ex perſona domini cum ſervis teſtamenti factio eſt, *d. l.31.* Ulp. *tit.22.§.8.l.12.§.2.de legat.1.*

Sine libertate] Ita & *ſupr. §.2. qui & ex quib. ca.man.* id eſt, omiſſa libertatis datione. Conſtitutio extat in *l. pen.C.de ſerv.nec hær.*

Non per innovationem] Quia jam olim idem quibuſdam placuerat, ut mox ſubjicit. Quod autem obtinet, ex nova eſt Juſtiniani humanitate. Ita concilia hunc locum cum *d.§.2.*

Proprius, &c. in quo nudam proprietatem] Et alienus, in quo nudum uſumfructum habemus, paulò inferiùs. Idque rationi juris convenienter, *l.25.de verb.ſign.§.4.ſup. per quas perſ.l.45. de acq.hær.*

Adulterio maculatum] Apud Marcian. *l.48. h.t.* unde hic locus deſcriptus, legitur *accuſatum*. Sed legendum arbitror *maculatum*, ut hic; ne obſtet *l. 8. C. ad leg. Iul. de adult.* Græci quoque ἔνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, non κατηγορούμενον. Et ad *l.1.C. qui non poſſ. ad lib.* ὑποπτευθέντα ἐπὶ τῇ μοιχείᾳ, *ſuſpectum, &c.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui olim & in quantum hæreditatem capere non potuerint.*
2 *Qui & in quantum hodie hæredes inſtitui vetentur.*
3 *Inſtitutionem ſervi alieni ſuſtineri ex perſona domini, proprii ex conſequentia libertatis.*
4 *Quid juris in ſervo communi ab uno è dominis hærede inſtituto.*
5 *Quid in inſtituto à domino nudæ proprietatis.*
6 *Quam rationem habeat caſu ſpecialis hic relatus.*
7 *Quid ſi ſervus hæres inſtitutus ſit à fructuario.*

Tam liberos homines, quàm ſervos] Ὑστερολογία, nam dicendum potiùs erat, *tam ſervos, quàm liberos*, hoc eſt, non minùs ſervos, quàm liberos; quomodò hoc expreſſit Cajus *leg. non minus 31. hoc tit.* quoniam de liberis res
certior. De liberis autem hominibus nihil am- 1
pliùs hìc traditur, quàm quòd hæredes inſtitui poſſunt. Et an ergo poſſunt omnes promiſcuè & ſine exceptione? nequaquam. Nam primùm illi ſoli ex hominibus liberis inſtitui poſſunt, qui ſunt cives Romani: peregrini non poſſunt, ſive ſemper tales fuerint, ſive per ſententiæ ſeveritatem ad peregrinitatem redacti ſint, *l.6. §.2. hoc tit. l.1. Cod. eod. fac. l. ſunt quidam 17. §. de pœn.* Peregrinorum numero erant & dedititii, erat & Latinus Junianus, niſi quòd hic capere hæreditatem poterat, ſi mortis teſtatoris tempore civis Romanus factus eſſet, *Vlp. tit.22. §.1.2.* Cæterum Juſtinianus differentias libertinitatis ſuſtulit, data libertinis omnibus civitate, *§.ult.ſup. de libert.* Sed nec qui cives ſunt, omnes inſtitui aut olim poterant, aut nunc poſſunt, Lege Voconia cautum erat, ne qui cenſus eſſet, virginem, neve mulierem ſupra quadrantem ſuorum bonorum hæredes inſtitueret, *Cic. Verrin. 3. de præt.urb.& in orat.pro Balb. Dio. lib. 56. Gell. lib. 20.c.1.* Lege Julia maritandis ordinibus vetabantur cœlibes, niſi qui genere eſſent proximi, quicquam ex teſtamento civis Romani capere, *Vlp. d. tit. §.2.* ita tamen, niſi intra centum dies legi parerent, hoc eſt, matrimonium contraherent; idem *Vlpian. tit.17.* Eadem lege vetabantur orbi plus capere ab extraneo, quàm dimidiam partem eorum, quæ relicta erant; pars altera fiebat caduca, id eſt, fiſco cedebat. Lege decimaria non amplius conjugi ex conjugis teſtamento capere licebat, quàm relictorum partem decimam, idem *Vlp.tit.15.& ſeq.* Hinc natæ cautiones illæ de inſtituendis in tempus capiendæ hæreditatis iis, qui vel omninò quicquam, vel ſolidum ex teſtamento capere legibus iſtis prohibebantur, *vid. l. in tempus 62. l. qui non vult. 78. §. ult. hoc tit. l. cum ei 24. l. ſi Titio 55. §. 1. de leg. 2. l.6. l.11. de vulg. & pup. ſubſt. l. 16. §. ſi quis 15. ad ſenat. Treb. l. 13. §. ult. de jur. fiſc. cum ſimilib.* quæ niſi hinc lucem accipiant, intelligi non poſſunt. Poſteà pœnæ cœlibatus, orbitatis, & leges

ges decimariæ ſublatæ ſunt, *l.1. & l.2. C. de in-*
2 *firm. pæn. cælib.* Qui autem inceſtis nuptiis ſeſe
polluerunt, illi nec hodie aut ſe mutuò, aut
propudioſam ſobolem inſtituere poſſunt, *l. 6.*
Cod. de incept. nupt. nec mulier adulterum ſuum,
aut hic illam, *l. 13. l. 14. de his quæ ut indig.*
Add. D. Chriſtin. vol. 1. d. 200. Liberi naturales
ex concubina nati, olim non minùs, quàm cæ-
teri cives, non ab extraneis tantùm, ſed etiam
à patre, idque in ſolidum, hæredes inſtitui po-
terant, *l. Lucius 45. de vulg. & pup. l. 16. §. 1. de*
his quæ ut indign. l. ultim. de jur. delib. (*vid. Pa-*
leot. de noth. ſpuriiſq. fil. cap. 35. & ſeq. & con-
tra ſentientes *Alciat. 4. parerg. 5. Anton. Fab. ju-*
riſp. tit. 9. pr. 2. ill. 1.) ex conſtitutione Juſtinia-
ni, *Nov. 89. c. 12.* unde *auth. licet, Cod. de nat.*
unicam tantùm unciam ex patris teſtamento ca-
pere poſſunt, ſi ſuperſtites ſint liberi legitimi,
octo uncias, ſi ſoli ſuperſtites teſtatori parentes.
Qua in re mitior Juſtinianus erga liberos natura-
les fuit, quàm Conſtantinus, *l. 1. C. de natur.*
lib. aut etiam Arcadius & Honorius, *l. 2. C. eod.*
vid. Graſſ. §. inſtitutio quæſt. 7. Paleot. d. loc. Con-
ſtitutione Leonis, & Anthemii vetatur conjux
conjugi ſecundo plus relinquere, quàm uni ex
liberis prioris matrimonii, & quidem cui mini-
mum relinquit, *l. hac edictali 6. de ſec. nupt.* Por-
rò Principum Chriſtianorum conſtitutionibus
vetantur hæredes inſtitui apoſtatæ, *l. 3. C. de apo-*
ſtat. item hæretici, *l. 4. Cod. de hæret. & Manich.*
quod tamen non de omnibus, qui pro orthodo-
xis habiti non ſunt, accipiendum eſſe arguit con-
ſtitutio Juſtiniani, *Nov. 115. c. 3.* ubi ἑτεροδοξίαν
ponit inter juſtas cauſas exhæredationis, & ex-
cluſionis à ſucceſſione ab inteſtato. Rationis au-
tem eſt, ut qui ab inteſtato ſuccedere poteſt,
etiam hæres rectè inſtituatur. Hæc non debue-
rat Tribonianus intacta relinquere, qui de ſervis
tam accuratè diſſerit.

Et tam proprios, quàm alienos] Cum ſervis,
3 qua ſervis, non eſt teſtamenti factio, ſed qua-
tenus per eos hæreditas perventura eſt ad cives
Romanos, aut ipſi cives futuri. Igitur in ſervo
alieno perſona domini ſpectatur, & ſuſtinetur
inſtitutio, ſi dominus civis Romanus ſit, & jus
capiendæ hæreditatis habeat, perinde quaſi ip-
ſe per ſervum inſtitutus eſſet, *l. non minus 31. l.*
ſi paterfam. 40. hoc tit. l. 10. de acq. rer. dom. Quòd
ſi mihi cum domino non ſit teſtamenti factio,
puta quia peregrinus eſt, aut capere ex meo te-
ſtamento vetatur, nec cum ſervo ejus erit, *arg.*
l. non minus h. tit. fac. l. 12. §. 2. de legat. 1. leg. ſi
Titio 55. §. 1. de legat. 2. Vlpian. tit. 22. §. alienos
8. Vide tamen, quæ notamus ad §. *in extraneis*
4. infr. de hær. qual. & diff. In ſervo autem
proprio inſtitutio eadem ratione defendi non
poteſt, ut ſcilicet dicamus, eam ſuſtineri
ex perſona domini; quippè qui ipſe teſta-
tor eſt: ſed aut nulla erit, aut ſi eam va-
lere volumus, neceſſe eſt, ut ſimul conſequa-
tur libertatem.

2. *Olim non aliter, quàm cum libertate, hodie et-*
iam ſine libertate] Plerique veterum in ſententia
fuere, ut putarent ſervum proprium non aliter
rectè hæredem inſtitui, quàm cum libertate;
non auſi per conſequentiam datæ hæreditatis li-
bertatem ſervo defendere, ob rationem, quam
indicavimus *ſup. qui & ex quib. ca. manum. §. 2.*
Juſtinianus verò etiam omiſſa libertatis datione
inſtitutionem valere voluit, & perinde haberi,
ac ſi ſimul liber eſſe juſſus eſſet, *l. pen. C. de nec.*
ſerv. hær. quod cum humanitas & favor libertatis
ſuadet, tum etiam voluntati teſtatoris conſenta-
neum eſt: quippè qui hoc ipſo, quod ſervum
ſuum hæredem eſſe vult, non obſcurè ſignificat,
velle ſe etiam, ut liber ſit; cùm abſque eo nec hæ-
reditatem obtinere poſſit. Et cur, quod in ſer-
vo proprio tutore ſine libertate dato veteres ad-
miſerunt, ut hoc ipſo, quod tutor datus eſt, li-
bertas quoque ei impoſita videatur, *l. quæro 32.*
§. 2. de teſt. tut. §. 1. ſup. qui teſt. tut. dar. non ad-
mittatur itidem in ſervo ſimpliciter hærede ſcri-
pto eadem voluntatis conjectura? Ita argumen-
tatur Juſtin. *d. l. pen.* In tutore dato accedit qui-
dem & favor pupilli, *l. 10. §. ult. de teſt. tut.* Cæ-
terum quem teſtator hæredem inſtituit, eum
viciſſim majore proſequitur affectus atque hono-
re, quàm quem liberis tutorem dat. Enim verò
conſequentia legati vel fideicommiſſi ſervo
proprio ſine libertate relicti libertas ſervo non
defenditur, *d. l. pen. §. illo 2.* quantùmvis & le-
gatum ſine libertate inutile ſit, *l. ſervus 76. h. t.*
neque enim hic idem favor eſt, & ex dd. conſtitu-
tione Juſtiniani voluntas teſtatoris aliquo modo
exitum habere poteſt.

Quod non per innovationem] Supra tamen, §. 2.
qui & ex quib. ca. man. profitetur, ſed id nova
humanitatis ratione conſtituiſſe. Utrumque ſuo
ſenſu verum eſt. Nihil innovavit, quatenus
ſpectamus ſententiam paucorum, inter quos &
Atilicinus fuit, quibus jam olim, quod hic
conſtituitur, placuit. At novum jus conſti-
tuit, quatenus ſpectamus id, quod receptum
erat ex plurium ſententia, qui negabant, ſer-
vum proprium ſine libertate hæredem inſtitui
poſſe, *Vlpian. tit. 42. §. 10.* & ſententiæ iſtius ab-
rogationem.

Proprius autem ſervus etiam, &c. in quo nu-
dam proprietatem] Servus proprius vel in ſoli-
dum eſt, ſive unius domini proprius; vel pro
parte, & pluribus proprietate communis, & ite-
rum vel proprius eſt pleno jure, vel nuda tenus
proprietate. Videamus ergo, an quod hic conſti-
tutum eſt de ſervo proprio hærede inſtituto, et-
iam ad ſervum communem ab uno è dominis in-
ſtitutum, & ad eum quoque, in quo alius uſum-
fructum habet, pertineat. De communi ſervo ita 4
jus vetus fuiſſe conſtat, ut ſi unus è dominis li-
bertatem ei impoſuiſſet, eo caſu pars ejus amitte-
retur, & ſocio accreſceret, *§. ult. ſup. de donat.* ac
proinde ſocio quoque hæreditas acquiſita fuit, ſi
is ſervus ſimul hæres ab altero inſtitutus fuiſſet.
Juſtinianus autem, quod ſoli milites ex ſpeciali
conceſſione habebant, videlicet ut liceret militi
ſer-

Digitized by Google

ſervum communem libertate donare, eo effectu, ut ſocius hoc caſu partem ſuam vendere teneretur & accipere pretium, voluit jus eſſe commune omnium civium, *l. 1. pr. & §. 1. Cod. de comm. ſerv. man.* Poſt quam conſtitutionem certum eſt, ſervum communem, quem unus è dominis & liberum & hæredem eſſe juſſit, & libertatem & hæreditatem conſequi, pretio partis, quam alter in eo habet, oblato. At nihil definit conſtitutio de ſervo communi ſimpliciter ab uno hærede inſtituto, non facta mentione libertatis. An dicemus, & hic libertatem perinde pro adſcripta haberi, ac ſi ſervus in ſolidum proprius hæres ſimpliciter inſtitutus ſit, arg. hujus loci? & id quidem D. Viglio placere video. Sed vereor, ut defendi poſſit. Nam ut omittam tritum illud de non admittenda extenſione in correctoriis, verba ipſa conſtitutionis *in fin. §. 1. & hoc moriturus dixerit*, extenſionem iſtam non ferunt, ut benè obſervavit D. Bachovius. Et quia ratione partis, quam ſocius habet, ſervus alienus eſt, quidni quod reſponſum eſt de legato ſervo communi relicto, totum id ad ſocium pertinere, *l. verum 63. §. ſi ſervo 9. pro ſoc. l. Plautius 49. in pr. ad leg. Falc.* idem dicimus de ſervo communi hærede ſimpliciter inſtituto, ſocium nimirum per eum ſervum videri inſtitutum, & hæredem fieri? De ſervo, in quo teſtator nudam 5 proprietatem, alius uſumfructum habet, ait hoc loco Juſtinianus eum etiam proprium intelligi teſtatoris, idque convenienter rationi juris, *l. rectè dicimus 25. de verb. ſign.* Et ergo etiam hic ſervus à domino nudæ proprietatis hæres inſtitutus, ſive cum libertate ſive ſimpliciter, ex conſtitutione Juſtiniani & liber & hæres erit, *dict. l. pen. Cod. de nec. ſerv. hac inſt.* Neque enim quod de ſervo communi ſimpliciter inſtituto diximus, ſocium per eum hæredem fieri, locum habet in fructuario, cui hæreditas acquiri non ſolet, *§. de iis 4. ſupr. per quas perſ.* Quid ergo fiet de fructuario? An liber factus nihilominùs operas fructuario interim præſtare tenebitur, atque ex re ejus acquiret, quamdiu durat uſusfructus; an verò pretio uſusfructus dato defungetur? Illud, ſi ſequimur conſtitutionem *leg. 1. Cod. comm. de man.* Hoc, ſi putamus, ad hunc ſervum etiam pertinere, quod pauco tempore poſt de communi ſervo conſtitutum eſt, *leg. 1. Cod. de com. ſerv. man.*

Eſt tamen caſus, &c.] Refertur hîc ex *leg. his verbis 48. §. 2. hoc tit.* caſus ſingularis, quo ſervus proprius hæres inſtitui non poteſt, ne cum libertate quidem, cui locus eſt in muliere adulterii poſtulata: Hæc prohibetur ſervum ſuum 6 ſuſpectum criminis ante finitam cognitionem manumittere: quod ideò proviſum eſt, ne mancipium per manumiſſionem quæſtione ſubducatur, *l. proſpexit 12. qui & à quib. man.* Cùm igitur lex manumiſſionem & libertatem impediat, nec inſtitutio hæredis in hujuſmodi ſervum collata valere poteſt. Ait, *ſervum adulterio maculatum*, id eſt, ſuſpectum, fama & opinione vulgi inquinatum: ſiquidem duos adulterii reos ſimul marem & fœminam ex eadem cauſa fieri lex Julia vetabat; ordine tantùm peragi poterant, *l. 8. C. ad leg. Iul. de adult.* ac proindè etiam in *d. l. 48. §. 2.* unde hæc ſumpta ſunt, eodem modo, ut hic, legendam eſſe arbitror; non ut ibi, *adulterii accuſatum.* Theophilus vertit, *ἔνοχον ὄντα τῷ μοιχείᾳ, obnoxium, implicitum*, non dixit, *κατηγορούμενον*.

Alienus ſervus, in quo uſumfructum, &c.] Igitur hic ſervus à fructuario hæres inſtitutus, 7 nec hæres nec liber erit, ſed hæreditatem acquiret proprietario, adinſtar ſervi planè alieni, *§. ſeq. verſic. alienus quoque.* Et verò poſt mortem fructuarii finitur uſusfructus, & conſolidatur cũ proprietate. Sed etſi liberum ſimul eum eſſe juſſerit, adhuc idem dicendum eſt: quoniam alieno ſervo libertas inutiliter datur: neque huc accommodari poteſt pars conſtitutionis Juſtinianeæ, *l. 1. verſic. ſin autem, Cod. comm. de man.* de ſervo à vivente fructuario manumiſſo, ne ſcilicet is cogatur ſervire proprietario, quamdiu conſtat uſusfructus; quia, ut dictum eſt, morte fructuarii jus illius omne extinguitur.

TEXTUS.

Si ſervus hæres inſtitutus in eadem cauſa manſerit, vel non.

1. *Servus autem à domino ſuo hæres inſtitutus, ſiquidem in eadem cauſa manſerit, fit ex teſtamento liber, hæreſque ei neceſſarius: Si verò à vivo teſtatore manumiſſus fuerit, ſuo arbitrio adire hæreditatem poteſt; quia non fit hæres neceſſarius, cum utrumque ex domini teſtamento non conſequatur. Quòd ſi alienatus fuerit, juſſu novi domini adire hæreditatem debet, & ea ratione per eum dominus fit hæres: nam ipſe alienatus neque liber, neque hæres eſſe poteſt, etiamſi cum libertate hæres inſtitutus fuerit: deſtitiſſe enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque ſervus hæres inſtitutus, ſi in eadem cauſa duraverit, juſſu ejus domini adire hæreditatem debet. Si verò alienatus fuerit ab eo, aut vivo teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequàm adeat, debet juſſu novi domini adire. At ſi manumiſſus eſt vivo teſtatore, vel mortuo, antequàm adeat, ſuo arbitrio adire poteſt hæreditatem.*

NOTÆ.

1. *In eadem cauſa*] Id eſt, in eadem conditione ſervitutis, ut neque manumiſſus poſt

factum.

factum teſtamentum, neque alienatus fuerit.

Neceſſarius] *Vid. §. 1. inf. de hær. qual.*

Non conſequatur] *Leg. antepen. hoc tit. l. 6. §. 3. eod.*

Deſtitiſſe à libertatis datione] Quòd ſi teſtator eum poſteà redemerit, reviviſcit libertas & inſtitutio, *l. 9. §. 16. l. 50. eod.* Hinc autem intelligimus, regulam juris civilis traditam *l. 13. §. 1. de lib. & poſth.* ſolùm procedere, cum in eadem cauſa manet.

Juſſu novi domini] *L. 72. §. 1. de acquir. hær. l. 2. §. ultim. de bon. poſſ. ſec. tab.* ubi hæreditatem ſive bonorum poſſeſſionem cum domino ambulare Ulp. ait.

Suo arbitrio] *Ulp. tit. §. 11.* Licèt igitur inſtitutio ſervi alieni ex perſona domini ſuſtineatur: videtur tamen ſimul & perſonæ ſervi ratio haberi, *l. 82. §. 2. l. 5. de ſerv. leg. l. 40. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Servo proprio hærede inſtituto, quis circa acquirendam hæreditatem inſtitutioni effectus, & num. 2.*

3 *Quid circa idem inſtituto ſervo alieno.*

HOc conſtituto, non minùs ſervos poſſe hæredes inſtitui, quàm homines liberos, porrò nunc quæritur de effectu inſtitutionis ſervi circa acquiſitionem hæreditatis, primò in ſervo proprio, deinde & in alieno; in utroque autem ita diſtinguitur, ut referat, utrùm in eadem conditione ſervus manſerit, an non manſerit, proptereà quòd vel manumiſſus ſit, vel alienatus. De ſervo proprio hærede inſtituto ait, *Siquidem*
1 *in eadem cauſa manſerit, fit ex teſtamento liber hæreſque neceſſarius.* In eadem cauſa, hoc eſt, in eadem conditione ſervitutis, ut neque à domino poſt factum teſtamentum manumiſſus, neque alienatus fuerit. *Hæres neceſſarius*: ideò ſic dictus, quia ſive velit, ſive nolit, poſt mortem domini protinus liber & hæres fit, *§. 1. inf. de hær. qual.* Quod cùm in eorum gratiam initio inſtitutum eſſet, qui cùm ſolvendo non eſſent ignominiam bonorum venditionis in hæredes ſuos derivare, quàm ſuæ memoriæ reſervare malebant, *§. 1. ſup. qui & ex quib. ca. man.* poſteà generaliter obtinuit, ut oſtendit hic locus. Ratio autem hujus rei haud dubiè hæc eſt; quòd cùm honori teſtatoris nonnihil dedeceat, ſi repudietur ejus hæreditas, viſum ſit, id ſervo licere non debere, in quem teſtator ſimul cum hæreditate contulit inæſtimabile beneficium libertatis. Quin etiam ex conſtitutione juris civilis libertas & hæreditas ita conjuncta ſunt, ut neutrum ſeparatim ſervo adimi poſſit: neque libertas ſola, neque ſola hæreditas, *l. 13. §. 1. de lib. & poſthum. l. 5. §. hoc tit.*

Quòd ſi à vivo teſtatore manumiſſus, &c.] Caſus contrarius, quo ſcilicet ſervus proprius hæres inſtitutus in eadem conditione non manſit, duplex eſt; vel quia poſt factum teſtamentum
2 manumiſſus eſt; vel quia alienatus. Manumiſſus ſuo arbitratu hæreditatem adibit: quia non fit hæres neceſſarius, qui hæreditatem dumtaxat, non etiam libertatem ex teſtamento domini cõſequitur, *l. antepen. hoc tit. l. 6. §. 3. eod.* Utique tamen probè facturus eſt, ſi pro beneficio libertatis ante adeptæ hanc gratiam patrono referat, ut ſuſcipiat ejus hæreditatem. Alienatus nec liber nec hæres fit, etiamſi cum libertate hæres fuerit inſtitutus: hoc enim ipſo quòd alienatus eſt, mutata voluntas domini, & revocata datio libertatis intelligitur, ut jam perinde haberi debeat, ac ſi jam tempore teſtamenti facti alienus fuiſſet; ac proindè jubenti novo domino hæreditatem acquiret, *l. 9. §. ſervus 16. l. ſervum 56. hoc tit. l. ſervo 47. de cond. & dem. l. quæſitum 91. §. 3. de leg. 1.* Enimverò ſi teſtator eum poſteà redemerit, reviviſcit, ut ita dicam, libertas & inſtitutio, *d. l. 9. §. 16. d. l.* 10. *hoc tit.* Hinc autem intelligimus, regulam juris civilis traditam *l. 13. §. 1. de lib. & poſth.* tunc ſolùm procedere cum ſervus in eadem cauſa manet: nam ſi alienatus fuerit, neceſſe eſt fateri, inutilem eſſe libertatis dationem: quod & Viglius notat.

Alienus quoque ſervus] Supra dictum eſt, etiam ſervum alienum hæredem inſtitui poſſe: cæterum ſuſtineri inſtitutionem non ex perſona ſervi, ſed ex perſona domini, civis ſcil. Romani, quaſi ille ipſe mediatè per ſervum inſtitutus videatur. Nimirum ut ſervi etiam hac in re dominis ſuis utiles eſſe poſſint, receptum eſt, ut perſona dominorum iis ad tempus accommodetur, cùm alioqui cum ſervis non ſit teſtamenti factio, *l. non minus 31. h. t. l. debitor* 82. *§. 2. de legat. 2.* Nunc hic itidem de effectu illiuſmodi inſtitutionis quæritur, quemadmodum paulò ante quæſitum fuit de effectu inſtitutionis ſervi proprii.

Si in eadem cauſa, &c.] In alieno ſervo hærede inſtituto iidem caſus diſtinguuntur, qui in 3
proprio: nam aut manſit in eadem cauſa, & dominum ſuum hæredem facit, nempè ſi juſſu ejus adierit, *§. 3. ſup. per quas perſ.* aut non manſit, vel quia alienatus eſt, & jubenti ei domino hæreditatem acquirit, cujus in poteſtate eſt tempore aditionis, *l. Antiſtius 62. §. 1. de acq. hær. l. 2. §. ult. de bon. poſſ. ſec. tab.* quo loco Juriſconſultus, hæreditatem ſive bonorum poſſeſſionem ambulare cum domino: vel quia manumiſſus eſt, quo caſu ſuo arbitrio hæreditatem adire eamque ſibi acquirere poteſt, *Ulp. tit. 22. §. 11.* Et igitur licèt perſona domini in hujuſmodi inſtitutionibus inſpiciatur, ut ſit cum ſervis teſtamenti factio; videtur tamen ſimul & perſonæ ſervi ratio haberi, *fac. l. debitor 82. §. 2. de leg. 2. l. 5. de ſerv. legat. l. ſi paterfa. 40. hoc tit.* Illud notandum eſt, ſervum alienum cum libertate fruſtra hæredem inſtitui in tantum, ut etſi is poſteà teſtatoris eſſe cœperit, nihilò magis liber aut hæres fiat, *l. ſi alienum 49. hoc tit.*

Tax-

Digitized by Google

TEXTUS.

De ſervo hæreditario.

2. *Servus etiam alienus poſt domini mortem rectè hæres inſtituitur: quia & cum hæreditariis ſervis teſtamenti factio eſt: nondum enim adita hæreditas perſonæ vicem ſuſtinet, non hæredis futuri, ſed defuncti: cùm etiam ejus, qui in utero eſt, ſervus rectè hæres inſtituatur.*

NOTÆ.

2. *Poſt domini mortem*] Non ita, *Stichus poſt mortem Titii domini ſui hæres mihi eſto*, ut malè Th. ſed ita, *Stichus ſervus Titii defuncti hæres mihi eſto*.

Nondum adita hæreditas perſonæ vicem] Ratio dubitandi, quia tempore facti teſtamenti ſervus nullius eſt, *l.64. hoc tit.* Ratio decidendi, quia jacens hæreditas perſonæ defuncti locnm interim obtinet, & pro domino habetur, *leg. 31. §. 1. eod. l. 61. de acq. rer. domin. infr. de ſtip. ſerv. in pr.*

Non hæredis futuri, ſed defuncti] *Dd. loc. cum ſimil.* Imò non defuncti, ſed hæredis futuri, *l. 24. de nov.* Solve: hæreditas qua jacens conſiderata defunctum repræſentat, ut actus ex perſona ejus vires capiat, *l. 52. h. t. l. 33. §. ultim. de acquir. rer. dom.* adita verò videtur retro repræſentaſſe perſonam hæredis, cui ſoli eventu inſpecto acquiritur, *d. pr. inf. de ſtip. ſerv.* fac. *l. 73. §. 1. de verb. obligat. l. 28. §. ult. l. 35. de ſerv.*

Ejus, qui in utero eſt, ſervus] Hoc eamdem planè rationem habet, *l. 64. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Diverſa conſideratione rectè dici, jacentem hæreditatem repræſentare & perſonam defuncti & perſonam hæredis.*

2 *Cur ſervus poſthumi alieni hæres inſtitui potuerit: ipſe poſthumus alienus non potuerit.*

CUm ſervi alieni inſtitutio, ut dictum eſt, ſuſtineatur ex perſona domini, quæſitum eſt, an ſervus alienus rectè hæres inſtituatur etiam poſt mortem domini, hoc eſt, ſervus hæreditarius. Dubitandi cauſa ex eo, quòd in propoſito perſona domini, qui nullus eſt tempore facti teſtamenti, *l. ejus ſervum 64. hoc tit.* ſervo accommodari non poſſit. Placuit tamen nihilominùs, rectè hunc ſervum hæredem inſtitui, quaſi per interpoſitam hæreditatem à defuncto adhuc, ut ita dicam, perſonetur: quippè hæreditatem jacentem defuncti locum interim obtinere, & pro domino tantiſper fictione juris haberi, *l. non minus 31. §. 1. hoc tit. l. hæreditas 34. l. hæreditas 61. de acq. rer. dom. l. 13. §. 2. ad leg. Aquil. l. 15. de inter. in jur. l. 9. Cod. depoſ. cum ſimilib.*

Non hæredis futuri, ſed defuncti] Hoc totidem quoque verbis traditur, *d. l. 34. de acq. rer. dom.* alibi ſimpliciter dicitur, hæreditatem obtinere defuncti locum, *d. l. 32. h. t. & inf. de ſtip. ſerv. in pr.* Apud Pomponium tamen contra ſcriptum legimus, hæreditatem interim ſuſtinere perſonam hæredis, *l. novatio 24. in fin. de nov.* quod & ratio juris efficere videtur; ſiquidem qui poſteà hæres extitit, ex mortis tempore defuncto ſucceſſiſſe intelligitur; ſive quod idem valet, retro agitur hæreditas, quamvis poſteà adita, & cum tempore mortis continuatur, *l. hæres 54. de acq. hær. l. omnis 138. l. omnia 193. de reg. jur.* Sunt, qui putant, non ſatis inter veteres hac de re conveniſſe, inter quos & D. Hotomannus eſt. No- 1
lim ego temerè eò decurrere. Videamus, an non utrumque rectè dici poſſit, hæreditatem repræſentare & perſonam hæredis & defuncti, diverſa conſideratione. Etenim ſi eventum ſpectamus aditæ hæreditatis, perſona hæredis repræſentari rectè dicitur: hac enim conſideratione ſervus hæreditarius rectè ſtipulatur hæredi futuro, *l. ſi ex re 28. §. ult. leg. ſervus 35. de ſtip. ſerv.* nullamque vim habere dicitur ſtipulatio ſervi hæreditarii, niſi adita ſit hæreditas, *l. interdum 73. §. 1. de verb. obl.* item per ſervum acquiri hæreditati, ac per hoc etiam hæredi poſteà facto, *inf. de ſtip. ſerv. in pr.* At ſi inſpicimus tempus illud, quo ſervus hæreditarius hæres inſtituitur, nimirum jacentis hæreditatis, ſi actum valere volumus, neceſſe eſt, dicamus, hæreditatem ſuſtinere perſonam defuncti: neque enim actus in ſuſpenſo eſſe poteſt: & incertum eſt, an is, qui ſcriptus eſt unquam hæres extiturus ſit: idque Gajus ſignificat. *l. in eo 33. §. ult. de acquir. rer. dom.* cum ait, 1
quotiens ſervus hæreditarius ſtipulatur, vel per traditionem accipit, actum ex perſona defuncti vires ſumere. Eademque conſideratione Paulus *in l. ſervus 72. h. t.* ſervum hæreditarium inſtitui poſſe ait, ſi modò teſtamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum hærede inſtituto non ſit. Et igitur hæreditas, quæ jacens conſiderata defunctum repræſentat, adita retro, videtur repræſentaſſe perſonam hæredis.

Cum etiam ejus, qui in utero eſt, ſervus] Confirmat quod de inſtitutione ſervi alieni poſt mortem domini dixerat, exemplo ſervi, cujus dominus in utero eſt, ſive ſervi poſthumi alieni; nam & hunc ſervum ait rectè hæredem inſtitui. Javolenus contra, hoc ex illo probat, *l. ejus ſervum 64. hoc tit.* Hic iterum videtur obſtare ratio
juris, utique veteris, quo jure poſthumus alie- 2
nus hæres inſtitui non potuit, *inf. de bon. poſſ. in pr.* Hoc enim poſito, conſequens omninò eſſe videtur, nec ſervum hujus poſthumi rectè hæredem inſtitui, cùm, ut jam aliquoties dictum, teſtamenti factio cum ſervis ex perſona domini introducta ſit. Sed animadvertendum eſt, ſervum hic dici ejus, qui in utero eſt, reſpectu habito ad caſum, quo is natus & hæres factus erit: inſtitutionem verò vires capere non ex perſona ejus, qui in utero eſt, ſed defuncti, cum 2

quo

quo ſufficit, teſtamenti factionem fuiſſe, etiamſi cum hærede ſcripto non ſit, *leg. ſervus 52. hoc tit.* Ad hæc in univerſum inſtitutio ſervi alieni non ita comparata eſt, ut inſtitutus ſemper dominũ, in cujus poteſtate eſt tempore facti teſtamenti, hæredem faciat; nam alienato eo novus dominus hæres ſit; manumiſſus ipſe ad hæreditatem admittitur: quod & tunc obtinet, cum ſervus ejus, qui capere non poteſt, inſtitutus eſt, *l. ſervus 82. de acq. hær.* atque hinc clariſſimè patet, verum eſſe quod diximus *ſub §. præc.* in his ſervorum inſtitutionibus etiam ſervorum, qui inſtituuntur, perſonam ſpectari.

Textus.

De ſervo plurium.

3. *Servus autem plurium, cum quibus teſtamenti factio eſt, ab extraneo inſtitutus hæres, unicuique dominorum, cujus juſſu adierit, proportione dominii acquirit hæreditatem.*

Notæ.

3. *Ab extraneo*] Ab uno ex dominis inſtitutus, acquirit cæteris, per *leg. 63. §. 8. pro ſoc. l. 49. ad le. Falc.*

Pro portione dominii] Si tamen unius tantùm juſſu adierit, cæteris non jubentibus adire, tacito jure partes ei accreſcent, *leg. 67. de acq. hær.*

Commentarius.

De ſervo communi hærede inſtituto ab uno ex dominis egimus in explicatione principii hujus tit. ſub fine: hic agitur de ſervo plurium qui hæres inſtitutus eſt ab extraneo. Ait, hunc ſervum unicuique dominorum, cujus juſſu adierit, hæreditatem acquirere, idque non pro parte virili, ſed dominica. Juſſum domini præcedere debere conſtat, ac ſine eo ſervum hæreditatem adeundo nihil agere: de quo *ſub. §. 3. ſup. per quas perſ.* Quid ergo, ſi unius juſſu adierit? Ne ſic quidem hunc interim pro majore parte, quàm dominica, hæredem faciet: cæterum ſociis poſtea non jubentibus adire, tacito jure partes ei accreſcent, *leg. ſervus 67. de acq. hær. add. l. ult. de vulg. & pup. leg. ſi ſervus 50. de legat. 1. §. ult. inſ. de ſtip. ſerv.*

Cum quibus teſtamenti factio] Hoc additum, quia, ut jam ſæpè diximus, quos ipſos hæredes inſtituere non poſſumus, eorum nec ſervos poſſumus, *l. non minus 31. hoc tit.* Exceptio, quòd ſervi eorum, qui non abſolutè incapaces ſunt, ſed κατά τι dumtaxat, cujuſmodi olim erant fœminæ, orbi, cœlibes, *vid. ſup. pr.* inſtituti ab eo, ex cujus teſtamento domini capere non poſſunt, & antequàm dominorum juſſu hæreditatem adeant, alienati novum dominum hæredem faciant, manumiſſi ipſi ad hæreditatem admittantur, modò nihil in fraudem legis factum ſit, *leg. ſi ſervus 82. de acq. hær. fac. leg. ſi Titio 55. §. 1. de legat. 1.*

Textus.

De numero hæredum.

4. *Et unum hominem, & plures; uſque in infinitum, quot quis hæredes velit, facere licet.*

Notæ.

4. *Vſque in infinitum*] Εἰς ἄπειρον. Th. Sententia eſt, certum numerum hæredum inſtituendorum nemini præſcriptum eſſe, ſed totum hoc arbitrio teſtantis permitti.

Commentarius.

Uſque in infinitum] Εἰς ἄπειρον. Infinitum autem accipe pro indefinito incertoque hæredum numero, non pro multitudine, quæ extremis careat; quomodò & alibi ſæpè hoc verbum uſurpatur, *l. qui reſtituere 68. §. 1. de rei vend. leg. 4. §. 2. de in lit. jur.* Senſus igitur hujus §. eſt, poſſe teſtatorem tot hæredes inſtituere, quot ei placuerit; nimirum certum numerum hæredum inſtituendorum nemini lege præſcriptum eſſe, ſed totum hoc arbitrio teſtantis permitti. Inepti autem ſunt, qui ex hoc loco colligunt, poſſe quem inſtituere omnes homines, qui in mundo ſunt talis enim inſtitutio exitum reperire non poteſt, neque eſt hominis, qui ſuæ mentis eſt compos *vid. Gomez. 1. var. reſol. 2. nu. 2.* Planè illud crediderim defendi poſſe cum D. Viglio, rempub. inſtitutam videri, ſi quis ſimpliciter cives univerſos inſtituerit; & valere hujuſmodi inſtitutionem, quando permiſſum eſt rempub. aut civitatem hæredem inſtituere. Non enim idem hic ſemper jus obtinuit. Legimus, reges aliquot exteros populum Romanum ſibi hæredem inſtituiſſe. Idem fecit & Flora meretrix. Plinius verò *lib. 5. epiſt. ad Calviſium* ſcribit, palam eſſe, nec hæredem inſtitui nec percipere rempub. poſſe: ab eo jure poſtea iterum receſſum: confert *Vlpian. tit. 22. §. 4. & tit. 24. §. 26. l. 2. l. ſenatus 20. de reb. dub. l. omnibus 26. ad ſen. Treb. leg. civitatibus de legat. 1. leg. 12. C. hoc tit.*

Textus.

De diviſione hæreditatis.

5. *Hæreditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ aſſis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab uncia uſque ad aſſem; ut puta hæc, ſextans, quadrans, triens, quincunx, ſemis, ſeptunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique ſemper duodecim uncias eſſe oportet: nam tot unciæ aſſem efficiunt, quot teſtator voluerit: & ſi*

unum tantùm qui ex ſemiſſe (verbi gratia) hæredem ſcripſerit, totus as in ſemiſſe erit. Neque enim idem ex parte teſtatus, & ex parte inteſtatus decedere poteſt, niſi ſit miles, cujus ſola voluntas in teſtando ſpectatur. Et è contrario poteſt quis in quotcumque voluerit plurimas uncias ſuam hæreditatem dividere.

NOTÆ.

In duodecim uncias] Hæc ſolemois eſt hæreditatis diſtributio, *l.* 13. §. 1. *h. t.* quia perfectus eſt numerus duodenatius. Diod. Sic. *eleg.* 40. Galen. *d. cui an. pec. not. & med.* τελειότατος σύμβολον, Hermias io *Phæd. Plat.* τῆς δωδεκάδος μονάδι... Ariſtid. *περὶ μουσ.* adde Cuja. ad *d. l.* 13. Duar. 2. *diſp.* 36. Fabrot. *ad Th.*

Non ſemper duodecim uncias] Non eſt neceſſe, ut ſemper diſtributio fiat in 12. uocias: ſed poteſt teſtator vel in plures vel in pauciores uncias hæreditatem dividere, *d. l.* 13. §. 1. 2. 3 *& ult. l.* 18. *eod. l.* 13. *C. de lib. & poſt.* Paul. 3. *ſent.* 4. Poteſt & in partes naturales dividi, puta in duas dimidias, tres tertias, &c. *l.* 2. §. 7. *de cellas l.* 76. *de acq. hær.*

Vnum ex ſemiſſe] Vel ex una aliqua alia parte hæreditatis. Idemque eſt, ſi quis inſtitutus ex re certa, veluti ex fundo: perinde enim habetur, ac ſie rei mentio facta noo eſſet, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *h. t. l.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* niſi cohæredem habeat indefinitè aut ex parte hæreditatis ſcriptum, tunc enim legatarii loco eſt, *l.* 13. *C. hoc t.*

Ex parte teſtatus] *l.* 7. *de reg. jur.* Ex poſt facto tamen vi ipſa pro parte quis inteſtatus fieri poteſt, reſciſſo vid. pro parte teſtamento, *l.* 15. *in fin. l.* 24. *de inoff. teſt.*

Niſi ſit miles] Miles etiam ab initio pro parte tantùm teſtatus decedere poteſt, *leg. pen.* §. 2 *de caſtr. pec. l.* 6. *l.* 19. *de teſt. mil. l.* 2. *C. eod.* quippe qui hic duorum velut hominum perſonam ſuſtineat, *leg.* 17. §. 1. *eod.* Igitur ſi miles unum tantùm v. g. ex ſemiſſe hæredem ſcripſerit, quantum ad alterum ſemiſſem inteſtatus deceſſiſſe intelligetur, & locus fiet legitimis hæredibus, *leg.* 19. *leg.* 37. *de teſt. mil.* & ita etiam in ſpecie, *leg.* 6. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Aſſis ejuſque partium uſus, quàm frequens & quidem in rebus fuerit.*
2 *Licere teſtatori in quot voluit partes hæreditatem diſtribuere.*
3 *Quod unus tantùm, vel ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re inſtitutus, omnium bonorum hæres fiat, magis eſſe ex ſubtilitate juris, quàm ex defuncti voluntate.*
4 *Quam rationem habeat, quod jus civile non patitur eundem teſtato & inteſtato decedere.*
5 *An teſtator poſſit prohibere jus accreſcendi.*
6 *In militaribus teſtamentis regulæ ſuperiori non eſſe locum.*
7 *Quantum mores hodierni diſſideant à jure civili Romanorum.*

SEquitur pars altera hujus tit. in qua agitur de eo, quod vel unus vel plures hæredes ſcripti ex ratione juris & voluntate teſtatoris conſequantur: quæ res ut commodiùs proponi, & perfectiùs intelligi poſſit, ante docere voluit, in quot partes hæreditas plerumque dividatur, civili ſcilicet, & ſolemni diſtributiooe, earumque partium indicare oomina, quo eas io numerato haberent ſtudioſi diſciplinæ juris: idque fecit verbis Ulpiani in *leg. ſi ſervum* 50. §. *ult. hoc t.*

In duodecim uncias, quæ aſſis appellatione.] As in re nummaria eſt minimus æris nummus. Hinc illa, ad aſſem reddere, ad aſſem omoia perdere. Cum ſermo eſt de ponderibus, de diviſione hæreditatis aut fundi; ſolidum, id eſt, totum quid ſive integrũ ſignificat, conſtans ex duodecim unciis, & nimirum idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa, ex aſſe poſſidere, *l. pen. qui ſatisd. cog.* in aſſem vendicare, *l. poſt emancipationem* 40. §. 1. *de legat.* 3. Hæres ex aſſe, pro quo etiam libella dixit Cicero *lib.* 7. *ad Attic.* & alia plura ejuſdem generis. Scribit Voluſ. Merianus *Lib. de ponderib. in pr.* neceſſariam cognitu eſſe aſſis in ſuas partes diſtributionem, non ſolùm propter inſtitutionem plurium hæredum, ſed etiam propter innumera alia. Etenim aſſis ejuſque partium & omoino numeri duodenarii frequentiſſimus apud Romanos uſus fuit, non tantùm in hæreditatibus, ponderibus aut menſuris; verùm etiam in diviſione corporum, veluti fundi, *l.* 8. *de rei vend. l. minor.* 39. §. 2. *de evict.* item rerum incorporalium, ut obligationum & actionum, §. *ſi quis una* 9. *inf. de fideic. hær.* Uſuras quoque Romani partibus aſſis diſtinguebant, eaſque partiebantur in uncias, ſextantes, quadrantes, trientes, quincunces, ſemiſſes, beſſes, &c. ut videre eſt *l.* 7. §. *quæ autem* 10. *l. Titium* 47. §. 4. *de adm. tut. l. liberto* 21. §. 4. *de ann. legat. l.* 3. §. *ult. ad leg. Falc. l. creditor.* 12. §. *ult. de ſolut. eos* 26. *C. de uſur.* Sed & aſtrologi res omnes revocant ad duodecim partes, menſes, horas, ſigna, latitudinem ſignorum, quod notat Cujac. *ad leg.* 13. *hoc tit.* Cauſam uſus hujus numeri, quæ à juriſperitis tradita non eſt, Duarenus *lib.* 2. *diſp.* 36. ex Galeno profert, nimirum quia nullus alius numerus in tot partes tam commodè dividatur; καὶ γὰρ ἥμισυ ἔχει, καὶ δίμοιρον, καὶ τέταρτον, ἕκτον τε καὶ δωδέκατον. Locus Galeni integer refertur à Duareno.

Habent hæ partes propria nomina.] Refert jam propria nomina partium aſſis, contentus initium feciſſe ab uncia, cum Ulpiano *d. l.* 50. §. *ult. hoc tit.* licèt & ipſa uncia in partes minutiores dividi poſſit, veluti in duas ſemuncias, in tres duellas ſive binas ſextulas, in quatuor ſicilicos, in ſex ſextulas,

Digitized by Google

tulas, in 24. ſcriptula: de quibus idem Metian. *d. loc.* ubi cum vocabulis ſimul notas partium proponit. Varro *lib. 4. de ling. Lat. ſub fin.* nominum rationem reddit, originemque explicat. Voluiſ. Mæcian. *de ponderib.* ſed meliùs Salmaſ. *de mod. uſur. pag.* 261. Illud ſciendum eſt, hæreditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, *l. 1. §. ſi duo 7. de collat.* in tres tertias, in quatuor quartas, *§. videamus inf. eod.* in ſex ſextas, *ſi ſu 76. de acq. hær.*

2 *Quot teſtator voluerit*] Licèt ſolemnis & uſitata aſſis diſtributio in duodecim partes ſive uncias, uti dictum eſt, fiat: poteſt tamen paterfa. eam diſtributionem non ſequi, atque in tot partes unciaſve hæreditatem diſtribuere, in quot voluerit, ſive in plures ſive in pauciores, *l. 12. §. 1. 2. 3. & ult. hoc tit.* proinde ſi, verbi cauſa, tres hæredes ſcripſerit, ſingulos ex quincunce, rata eſt patrisfa. voluntas, ut ſubſtantiam ſuam partiti in quindecim uncias. Et ſi duos tantùm, unum ex triente, alterum ex quadrante, hæredes ſcripſerit, videbitur in partes ſeptem hæreditatem diviſiſſe, *d. l. 13. §. ult. l. Sabinus 18. eod. l. 13. in pr. de lib. & poſth.* Atque hac eadem ratione defenditur quod reſcriptum eſt in *l. 3. C. de teſt. mil.* militem, qui filiam ex unciis duabus, uxorem ex una uncia inſtituiſſet, nec de reſiduis portionibus quicquam ſignificaſſet, in tres partes videri voluiſſe hæreditatem dividere; non autem pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum decedere: quamvis id mihi conceſſum ſit. Sive autem plures, ſive pauciores partes teſtator fecerit, tacito jure in duodecim ſemper hæreditas revolvitur, *d. leg. 3. §. 1. hoc tit.*

Si unus ex ſemiſſe, totus as in ſemiſſe] Quando unus tantùm hæres ſcriptus eſt, licèt ex certa parte hæreditatis, puta triente, ſemiſſe, vel etiam minima, is, perinde ac ſi toto aſſe inſtitutus eſſet, omnium bonorũ hæreditatem conſequitur. Cæ-
3 terum magis, ut opinor, ex ſubtilitate juris & propter regulam, qua nemini partim teſtato, partim inteſtato decedere permittitur, quæ etiam mox pro ratione ſubjicitur, quàm ex voluntate defuncti, quæ non tam facilè ejuſmodi interpretationem admittit, ubi unus tantùm non dato cohærede ex parte aliqua ſcriptus eſt, quàm ubi plures ex pluribus. Nam ſi, verbi gratia, tres, ſinguli ex uncia ſcripti ſunt, commodiſſimè dicitur, arbitraria diſtributione teſtatorem uſum, atque in tres partes æquales univerſam hæreditatem diviſiſſe: quod ſecus eſt, ſi unum tantùm inſtitutum proponas in quadrante ſive quarta hæreditatis parte. Quamobrem licèt illo caſu propter libertatem diſtribuendi & communem voluntatem idem obtineat in teſtamento militis, quod in teſtamentis paganorum, *l. 3. C. de teſt. mil.* hoc tamen caſu diverſum jus eſſe propter d. regulam, quæ non militum, ſed paganorum poteſtatem coercet, & uno tantùm hærede in certa aſſis parte inſtituto à pagano, hanc partem reliquas ad ſe trahere, ſi à milite, reſiduum hæredes ab inteſtato laturos, rectè judicavit D. Viglius: quod in Græcis inſtitutionibus disertè expreſſum eſt, & tantùm non etiam in *l. quærebatur 19. de teſt. mil.* Quòd ſi quis ſolus inſtitutus fuerit, non ex parte aliqua hæreditatis, ſed ex re certa, puta ex fundo, perinde quaſi ſimpliciter ac ſine ulla rei mentione ſcriptus eſſet, & hic bonorum omnium hæreditatem obtinebit, *l. Cohæredi 41. in fin. de vulg. & pupil.* Nam cùm harum rerum quædam inter ſe pugna ſit, ſucceſſionis univerſi juris, cujuſmodi eſt hæreditas, & acquiſitionis rei ſingularis, poteſtate juris detrahitur rei mentio, & hæredi ſic, quaſi univerſaliter inſtitutus eſſet, ſuccurrit, *l. 1. §. 4. l. 9. ſi duo 13. hoc tit.* Sed & hoc ſecus ſe habet in teſtamento militis; quoniam & ipſum eſt ex ſubtilitate juris, atque ex vi ſuperioris regulæ, quæ ad militaria teſtamenta non pertinet, *l. 6. de teſt. mil.*

Ex parte teſtatus, ex parte inteſtatus] Jus noſtrum non patitur, inquit Pomponius, eumdem in paganis teſtato & inteſtato deceſſiſſe, *l. 7. de reg. jur.* quaſi hæc duo, teſtatus & inteſtatus, inter ſe naturaliter pugnent, tanquam ajentia & negantia; & ideò eidem ineſſe, aut de eodem ſubjecto verè pronuntiari non poſſint, ex regula logicorum de oppoſitione. Et quidem ſine manifeſta & naturali rerum pugna dici non poteſt, unum atque eumdem in totum aut ſecundùm eamdem partem & teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe: at nihil prohibet lex oppoſitionis, quominùs dicamus, eumdem teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe, non ſecundùm idem, ſed ſecundùm partes diverſas. Verùm ut hic quoque pugna ſit, efficit ſubtilitas juris civilis, per quam hæres fingitur repræſentare & ſuſtinere perſonam defuncti: quæ repræſentatio ut eſt totius perſonæ, ita totalis, atque ut eſt unius, ita & uniformis eſſe debet: hoc eſt, ut defunctus pro parte repræſentari non debet, ita nec debet per hęredes diverſi generis partim ex teſtamento partim ab inteſtato: ſed quisquis hæres eſt, debet in totum ſubire locum & vicem demortui, eumque repræſentare uno ac ſimplici ſucceſſionis genere, vel in totum ex teſtamento, vel in totum ab inteſtato. Et hoc eſt, quod ſcribit M. Tullius *libr. 2. de invent. unius pecuniæ plures diſſimilibus de cauſis hæredes eſſe non poſſe: nec unquam factum eſſe, ut ejuſdem pecuniæ alius teſtamento, alius lege hæres eſſet.* Cujus rei hanc rationem affert *Gomeſ. 1. reſol. 3. n. 3. & 10. n. 27.* quòd abſurdum ſit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura eſſe non poſſunt, unum & eumdem per fictionem, quę naturam imitatur, *§. minorem, ſup. de adept. l. 5. de acceptil.* repræſentari, vid. & *D. Hotom. hic.* Ego autem arbitror, naturaliter in *d. l. 7. de reg. jur.* poſitũ eſſe, pro eo quod recepti paſſim moris erat, ut & alibi interdum, *l. 16. §. 4. de minor. l. 22. §. ult. locat.* Et ſic quoque capiendum Ulpiani illud, *lex naturæ hæc eſt, ut qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, matrem ſequatur.* Id eſt, lex conſuetudinis generalis ducta ab aliqua ratione naturali, *l. 24. de ſtat. hom.* Nam regula iſta è ſolis Romanorum moribus pendet, neque apud alios popu-

los locū habet, ac ne apud ipſos quidem Romanos in teſtamentis militum. Ex hac porrò regula deſcendit, quamquam non tanquā ex cauſa proxima aut adæquata, jus accreſcendi inter plures hæredes teſtamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accreſcat cæteris, qui hæredes extiterunt, *l. un. l. his ita 10. de cad. toll. l. liber homo 59. §. 3. hoc tit.* Planè illud fieri poteſt, ut qui ab initio in totum teſtatus deceſſit, cujuſque hęreditas ſemel ex teſtamento adita fuit, ex accidenti, & poſt facto pro parte inteſtatus vi ipſa efficiatur, hæredique ſcripto portio emolumenti auferatur: reſciſſo pro parte teſtamento per querelam inofficioſi, *l. 15. in fin. l. circa 24. & l. ſeq. §. 1. de inoff. teſt.* Cæterum hoc regulam non ſubvertit: quippe cui ſatisfactum eſt, ſi ejus, qui teſtamento jure ab initio facto deceſſit, hæreditas ex teſtamento adita fuerit; ad ea, quæ poſtea fiunt, non pertinet, *per l. pen. §. 2. de caſtr. pec.* Et igitur ſi quis ſolus ex certa parte inſtitutus ſit, is nihilominus in integrum aſſem poteſtate juris vocatur. Sed quid ſi teſtator adſcripſerit, nolle ſe, ut hæres ſcriptus reliquas partes ferat, & jus accreſcendi expreſsè prohibuerit? Et quidem quemadmodum nemo ſine obſervatione legum teſtamentum condere poteſt, *l. 4. qui teſt. fac. l. pen. §. 2. de caſt. pec.* ita nemo quoque in ſuo teſtamento cavere poteſt, ne leges in eo locum habeāt, *l. nemo 55. de legat. 1.* ut illud omnino manifeſtum ſit, teſtatorem nulla cautione efficere poſſe, ut contra regulam juris civilis diſſimiliter ei ſuccedatur, & ex teſtamento & ſimul ab inteſtato. Alterntrum ego dicamus neceſſe eſt, vel cum Bart. *in l. 9. §. ſi duo, hoc tit. & in l. ſi quis 29. ad Sc. Treb.* totum teſtamentum ob eam prohibitionem collabi; utique tamen hæredes ab inteſtato teneri quaſi ex fideicommiſſo partem teſtamento expreſſam reſtituere hæredi ſcripto, *vid. Gomez. t. reſol. 10. n. 10. & ſeq.* vel rato manente teſtamento prohibitionem inſuper habendā, reſiduaſque partes, quantùmvis vetante teſtatore, accreſcere hærede inſtituto. Quæ ſententia rationi juris magis conſentanea eſt, ut ex iis, quæ jam dicta ſunt, perſpicuè patet, & numero etiam ſuffragiorum vincet, teſtibus *Vigl. hic Clar. §. teſtamentum, q. 74. Chriſtin vol. 4. deciſ. 1 t. n. 6.* Non obſtat huic ſententiæ, quod Ulpianus *in l. t. §. ſi duo hoc tit.* ſcribit, Vaſquius *lib. 1. de ſucc. creat. §. 3. num. 6.* obiicit, inſtitutos ex certis rebus, quaſi ſimpliciter inſtituti ſint, hæreditate potiri, niſi voluntas patrisfam. manifeſtiſſimè refragatur: quippe qua clauſula non hoc Juriſconſultus ſignificat, ſi teſtator prohibuerit, reliquam hæreditatem accreſcere inſtitutis, ob id aut vitiari inſtitutionem, aut partes eas relinquendas legitimis ſucceſſoribus: ſed quòd ſcripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus hæredes forent, perinde ac ſi nec res nec partes nominatæ eſſent, *d. l. 9. §. ſi duo, & l. ſeq.* in manifeſta teſtatoris voluntate hæredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expreſſit, veluti in ſpecie ab Ulpiano propoſita, unus ex triente, alter ex beſſe, quæ partes nominantur in fundo: atque inducetur hęc inęqualitas non tam ipſo jure, quàm officio arbitri familiæ erciſcundæ, *l. ex facto 35. in pr. eod.* Eſt tamen & media ſententia, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. 13. C. de hær. inſt.* & à qua non abhorret doctiſſimus Bachovius, nimirum prohibitionem ſupra dictam non efficere quidem, quominùs hæres ſcriptus ipſo jure ex aſſe hæres fiat: cęterum hanc ejus vim eſſe, ut hæres ille partes reliquas, quas accreſcere teſtator noluit, tanquam ex fideicommiſſo teneatur reſtituere iis, qui ab inteſtato ad hæreditatem ejus veniſſent, ducto argumento à ſimili, quale proponitur *l. 17. & l. ſi quis 29. ad ſen. Treb. & §. 3. inf. quib. mod. teſt. inf.* Et hæc ſententia mihi quoque non adeò diſplicet: quoniam favet voluntati morientium ſalva ratione juris: eoque accommodari poteſt clauſula *in d. l. §. ſi duo.* de qua paulò ante. Mediam ſententiam excogitavit & Viglius noſter: ſed ille dum ſervare cupit voluntatem teſtatoris, manifeſtè facit adverſùs rationem juris, comminiſcendo tacitam legitimorum hæredum in partibus, quas teſtator ſcriptum hæredem habere noluit, inſtitutionem; qualis inſtitutio jure noſtro penitus incognita eſt: quod cùm nec ipſe diſſimulare audeat, mihi argumentum eſt, eum quoque omnino & ſine cunctatione in Saliceti opinionem tranſiturum fuiſſe, ſi quis modò eam propoſuiſſet.

Niſi ſit miles, cujus ſola voluntas] Quæcumque ſubtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent, ea in militaribus teſtamentis, eorumve interpretatione locum non habere oſtendimus ſupra *tit. de mil. teſt.* Inter hæc autem eſt & regula propoſita, quæ prohibet eumdem ex parte teſtato & inteſtato decedere; & ideò de paganis tantùm eam concepit Pompon. *l. 7. de reg. jur.* Igitur ſi miles, verbi cauſa, unum ex fundo hęredem ſcripſerit, non detrahitur poteſtate legis mentio fundi, ſed quantum ad reſiduum patrimonium inteſtatus deceſſiſſe intelligitur, & locus fit legitimis hæredibus, *l. 6. de teſt. mil. l. 2. C. eod.* quod & tunc obtinere credimus, quando unum hęredem ſcripſit ex parte aliqua hæreditatis, *per l. quærebatur 19. d. tit.* Sed etſi plures hæredes inſtituerit, & unus omiſerit hæreditatem, pars omiſſa ad alios non redibit, ſed deferetur hæredibus ab inteſtato, niſi contraria oſtendatur militis voluntas, *l. ſi duobus 37. eod.* Et quod juris eſt in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis ſpatio, ut uſque ad certum tempus vel ex certo tempore hæredem miles inſtituere poſſit, ut quo tempore hęres ſcriptus non eſt, inteſtati hæreditas deferatur, *l. 15. §. 4. l. miles ita 41. in pr. eod. vid. Duar. ad tit. de teſt. mil. cap. 4. Sich. ad leg. 1. 2. & 3. C. eod.* In Belgio generali conſuetudine paſſim receptum eſt, ut unicuique liceat partim teſtato, partim inteſtato decedere contra diſpoſitionem juris Romani, *D. Grot. 2. man. cap. 18. Gudelin. 2. de jur. noviſſ. cap. 5. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 51. num. 40. & ſeqq. & deciſ. 312. & vol. 4. deciſ.*

Digitized by Google

ciſ. 10. num. 3. Zypæ not. jur. Belg. de teſtam. in pr. Unde quæſitum eſt, an per hoc cenſeri debeat abolitum quoque eſſe jus accreſcendi. Et quidem ubi unus tantùm ex re certa vel parte aliqua hæreditatis inſtitutus eſt, non magis hic moribus noſtris reſiduum accreſcet hæredi ſcripto, quàm jure civili Romanorum in eadem ſpecie ex teſtamento militis: ſed ad hæredes ab inteſtato pertinebit, *arb. l. 6. l. quærebatur 19. de teſt. mil. l. 2. C. eod.* idque etiam fatentur, *Chriſtin. d. deciſ. 312. & Gudelin. d. loc.* quoniam, ajunt, in hujuſmodi caſibus jus accreſcendi non conjunctione aut voluntate teſtatoris, ſed ex legis poteſtate proficiſcitur. Idemque haud dubiè cenſuerunt, ſi plures quidem ſcripti ſint, ſed ex partibus inæqualibus: idque propter inæqualitatem partium, quæ etiam jure Rom. accretionem impedit inter collegatarios. De quo ſub §. *ſi eadem 8. inf. de legat.* Ego idem dixerim, & ſi ſingulis ſingulæ partes æquales datæ, & pars aliqua vacet, veluti ſi tres ſcripti ſinguli ex quarta bonorum parte, videlicet partem vacantem hic non accreſcere ſcriptis, ſed jure inteſtati ad legitimos hæredes pertinere. Sed & ſi, verbi gratia, plures ſimpliciter inſtituti ſunt, aut in eamdem partem hæreditatis vocati, & unus defecerit, adhuc dicendum videtur, non aliter partem deficientis jure conſuetudinario cæteris accreſcere debere, quàm ſi ex veriſimilibus ſaltem conjecturis appareat, eam fuiſſe voluntatem defuncti: cujus rei probatio cohæredibus incumbat, ne contra voluntatem defuncti pro parte omiſſa inteſtati, aut exitum inteſtati paſſi, plus ad eos redeat, quàm eis datum eſt. Hanc enim interpretationem in eadem ſpecie veteres ſecuti ſunt in teſtatore milite, *l. ſi duobus 37. de teſt. milit.* cui non obſtat *l. 1. C. eod.* quia ibi ex parte hæres inſtitutus proponitur, qui & ipſe militi ab inteſtato ſucceſſurus erat; nimirum frater militis: ideò niſi alii hæredes ab inteſtato probent, militem noluiſſe ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem inſtitutum pervenire, portio deficiens hac ipſa ratione ad fratrem pertinebit; quia pro ea parte miles inteſtatus deceſſit. Cæterum contraria ſententia prævaluit hac ratione, quaſi jus accreſcendi in propoſito non deſcedat ex poteſtate juris, ſed ex voluntate teſtatoris, quæ ex ſola conjunctione æſtimetur, *D. Grot. 2. manuduct. c. 23. Gudelin. d. c. 5. Chriſtin. d. dec. 51. n. 48.* ac pleriſque perſuaſum fuit, etiam olim in teſtamentis militum, quamvis hi pro parte teſtati & pro parte inteſtati decedere poterant, id obtinuiſſe, niſi hæredes legitimi de contraria voluntate teſtantis docuiſſent, *arg. l. 1. C. de teſt. mil.* in dubio enim hanc præſumptionem fuiſſe, quòd miles uti voluerit jure communi. Qui perſpicuus error eſt: nec veterum hanc ſententiam fuiſſe apparet ex *d. l. 37.* Nam poſito, quòd jus accreſcendi ideo in militis teſtamento ceſſat, quia militi conceſſum, ut poſſit pro parte teſtato & pro parte inteſtato decedere, etiam ubi jure communi id permiſſum eſt, idem eſt dicendum, *vid. Ant. Fab. dec. 72. err. 5. & 6. Don. in d. l. 1. Cod. de teſt. mil. Duar. d. cap. 4. Vſq. lib. 2 de ſucc. prog. §. 15. num. 100. & lib. 3. de ſucc. creat. §. 24. n. 41. & multis ſeqq.*

Vinnius in Inſtitut.

Textus.

De portionibus ſingulorum hæredum. Si teſtator aſſem non diviſerit, aut partes in quorumdam perſona non ultra aſſem expreſſerit.

6. Si plures inſtituantur hæredes, ita demum in hoc caſu partium diſtributio neceſſaria eſt, ſi nolit teſtator, eos ex æquis partibus hæredes eſſe. Satis enim conſtat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos hæredes eſſe. Partibus autem in quorumdam perſonis expreſſis, ſi quis alius ſine parte nominatus erit, ſiquidem aliqua pars aſſi deerit, ex ea parte hæres ſit: Et ſi plures ſine parte ſcripti ſunt, omnes in eamdem partem concurrunt. Si verò totus as completus ſit, ii, qui nominatim expreſſas partes habent, in dimidiam partem vocantur & ille, vel illi omnes, in alteram dimidiam. Nec intereſt, primus, an medius, an noviſſimus ſine parte hæres ſcriptus ſit: ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.

Notæ.

6. *Nullis partibus nominatis, ex æquis*] *l. 9. §. 12. h. t. fac. leg. 19. §. ult. de leg. 1.* Illud tamen tenendum, conjunctos unius tantùm perſonæ poteſtate fungi, v. g. ſi teſtator ita dixerit, *Titius hæres eſto, Sejus & Mævius hæredes ſunto.* Aut ſic, *Titius & fratris mei filii hæredes ſunto.* Hic conjuncti unum ſemiſſem, Titius alterum habebit, *l. 13. pr. l. 59. §. 2. h. t. l. 34. de leg. l. un. §. 10. C. de cad. toll.* niſi celeritatis gratia conjunctio facta doceatur, *l. 66. h. t.*

Si verò totus as completus] *leg. 17. pr. §. 3. & 4. eod.* Breviter, qui ſine parte ſcriptus eſt, vacantem portionem, vel alium aſſem occupat, *l. ult. ſec. tab.*

In dimidiam partem] Id eſt, in ſemiſſem reducta ratione ad ſolemnem aſſis diſtributionem: aliàs in alterum aſſem: eadem enim proportio eſt.

Commentarius.

1 *Inter inſtitutus ſine partibus pariter hæreditatem dividi, etiamſi teſtamento non facto inæqualiter fuiſſent ſucceſſuri.*
2 *Quantum expleto dupondio, qui ſine parte ſcriptus eſt, habere debeat.*
3 *Perperam Hotomannum* in l. 17. §. ult. hoc tit. *pro triente ſubſtituere treſſem.*
4 *Qua in re error Hotomanni maximè conſpicuus.*

INtelligimus quid juris ſit, ſi unus tantum hæres ſcriptus proponatur, nimirum eum & ſolum hæredem fore, atque ex toto aſſe, non tantùm ſi ſimpliciter aut ſine parte ſcriptus ſit, verùm etiam ſi ex parte dumtaxat hæreditatis, atque adeò, ſi ex certa aliqua re. Pergit nunc hoc §. & 2. *ſeqq.* docere Imperator, quid fiat pluribus hæredibus inſtitutis, quaſque in portiones ſinguli vocati intelligantur. Diſtinguendi autem, ut ex progreſſu apparet, tres articuli. Primus eſt, ſi plures inſtituti ſint ſine definitione partium: alter, ſi quidam ex certis partibus hæreditatis inſtituti, quidam indefinitè ſeu ſine partibus: tertius, ſi omnes partibus expreſſis.

Nullis partibus nominati ex æquis partibus.] Hic primus articulus eſt, qui omni caret ſcrupulo propter evidentiam voluntatis teſtatoris, qui ſi inſtitutos voluiſſet impariter ſuccedere, partes utique expreſſiſſet, *l. 9. §. hæredes hoc tit.* qua de cauſa idem quoque ſervatur in re pluribus non expreſſis partibus legata, *l. 19. §. ult. de legat.* 1.
1 Quin etiam eamdem voluntatis interpretationẽ, æqualemque partitionem ſequimur, & ſi qui ſine partibus inſtituti ſunt, non facto teſtamento in ſtirpes aut portionibus inæqualibus, ab inteſtato fuiſſent ſucceſſuri: quia teſtamento facto jam non jure proximitatis aut repræſentationis veniunt, ſed titulo & jure inſtitutionis ex judicio & voluntate defuncti, qui legitimæ ſucceſſioni per teſtamentum ſuum derogare voluiſſe credendus eſt, niſi ex conjecturis contrarium elici poſſit. Ita poſt alios, *Vveſemb. hic & in parat. eod. n. 6. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 4. tit. 11. num. 1.* Illud in univerſum tenendum, ſi conjuncti & disjuncti commixti ſint, conjunctos unius perſonæ poteſtate fungi, *l. plane 32. de legat. 1. l. un. §. his ita 50. verſ. fin. vero, Cod. de cad. toll.* veluti in hac inſtitutione; *Titius hæres eſto: Sejus & Mævius hæredes ſunt*; ſemiſſem Titius & tantum ſolus feret, quantum duo conjuncti Sejus, & Mæjus, *l. liber homo 59. §. 2. hoc tit.* Conjuncti etiam, & vel maximè, ſunt, qui nomine collectivo inſtituuntur, *l. 13. in pr. eod. l. ult. in fin. C. de impub. & al. ſubſt.* de cujus conjunctionis poteſtate, *Mantic. d. loc. num. 12. & 2. ſeqq. Vaſq. lib. 3. de ſucc. prog. §. 21. num. 33.*

Partibus in quorumdam perſonis expreſſis.] Hic articulus ſecundus eſt, & complectitur tres caſus: nam partes adſcriptæ aut non exæquant aſſem, aut exæquant, aut ſuperant: duo priores hic tractantur, tertius §. 8. Primum quod attinet, ait, ſi partibus in quorumdam perſonis expreſſis adhuc aliquid aſſi deerit, id quod ſupereſt, eum vel eos, quibus pars appoſita non eſt, habituros; verbi cauſa, ſi duo ſcripti ſint ex quadrantibus, tertium ſine parte ſcriptum, quod ex aſſe reliquum eſt, & nimirum ſemiſſem, ablaturum. Hoc & Ulpian. *Litem quod 27. in pr. eod.* atque omni dubio hic item caſus caret. Secundus eſt, ſi partes nominatæ aſſem exæquent ſive expleant; de quo ſic breviter hic Imperator: *Si totus as completus ſit, ii qui nominatim expreſſas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam.* Nimirum cum aſſe expleto alius ſine partes hæres ſcriptus eſt, hic quia ad nullam reſiduam aſſis partem reſtringi poteſt indefinitè ſcripti inſtitutio, veriſimile eſt teſtatorem ad novum aſſem ſive ad dupondium tranſire voluiſſe, atque in uncias 24. hæreditatem diſtribuere. Et conſequenter ergo qui ſine parte ſcriptus eſt, in alium illum aſſem veniet, aut ſi plures, omnes in eumdem, *dict. leg. 17. §. 3. & 4.* vel ſi dupondius ad aſſem revocetur, quo reſpexit Juſtinianus, venient indefinitè ſcripti in ſemiſſem; eadem enim utrobique proportio eſt. Similiter ſi quis dupondium diſtribuerit, & tertium
ſine parte hæredem ſcripſerit, ad tripondium, trã- 2
ſitum feciſſe intelligitur: & ideò qui ſine parte inſtitutus eſt, in tertium aſſem veniet, ſive re ad unum aſſem revocata in trientem, §. 8. *inf. eod.* eaque mens eſt Juriſconſulti *in d. l. 17. §. ult.* cum ait, diſtributo dupondio ſine parte ſcriptum non in alium aſſem, ſed in trientem venire; non in alium aſſem oppoſitum dupondio ad aſſem priùs revocato, ſive qui diſtributione teſtatoris ad ſolemnem unius aſſis rationem redacta efficiat ſemiſſem totius hæreditatis, ut ille ſolus tantum capiat, quantum alii omnes, uti fit, cum quis ſine parte ſcribitur expleto aſſe, de qua ſpecie tractaverat, §. 3. & 4. ſed in eam partem dumtaxat, quæ ratione ad unum aſſem revocata, efficia illius aſſis trientem, atque in diſtributione teſtatoris ſive in tripondio uni aſſi ſive 12. tantùm unciis
ἀναλόγως reſpondeat. Non eſt igitur ferenda Fran- 3
ciſci Hotomanni confidentia, qui locum iſtum Juriſconſulti mendoſum eſſe contendens, pro *trientem* reponi vult *treſſem*, vel *tripondium*; quaſi Juriſconſultus ita ſcripſiſſet, *Qui dupondio diſtributo ſine parte inſtitutus eſt, non in alium aſſem, ſed in treſſem venit.* Quæ oratio manifeſtè aut in totum falſa eſt, aut implicat contradictionem. Falſa, ſi treſſem accipimus pro tribus aſſibus conjunctim ſive pro unciis 36. in quas tota hæreditas diviſa proponitur: ſic enim foret, ut totum ferret ſolus, qui ſine parte ſcriptus eſt. Contradictionẽ habet, ſi eadem vox accipiatur diſcretim pro aſſe tertio aut uno ex tribus. Nam huic enuntiationi; *Qui dupondio diſtributo ſine parte ſcribitur, non venit in alium aſſem*, apertè contraria eſt illa; *Qui dupondio diſtributo ſine parte ſcribitur, venit in treſſem*, ſi hoc eſt in treſſem venire; in novum in alium, in tertium aſſem venire. Quid eſt verò, quod Hotomannum impulit, ut textum hoc modo mutaret? Nimirum ut juvaret abnormem quamdam ſententiam, cujus junior adhuc auctor fuit, & quam refricuit jam ſenior, ſummaque ope defendere conatus eſt, *lib. 8. obſ. c. 2.* Putavit Hotomannus, quemadmodum aſſe completo is, qui ſine parte nominatus eſt, in alterum aſſem venit; reque ad unum aſſem revocata aufert ſemiſſem, ſimili modo impleto dupondio eum, qui ſine parte ſcriptus eſt, tripondio ad aſſem revocato ſemiſſem ferre debere; nec rationem pati, ut hic tantùm trientem, ille ſemiſſem ferat. Igitur Hotoman-

tomannus cum huic opinioni ſuæ videret obſtare d. locum Ulpiani, ſcriptum manifeſtiſſimè in contrarium, lectionem loci ex cerebro ſuo mutavit, ut pro *in trientem venis*, ſuſtituerit *in treſſem venis*. Quæ verba, ſi Hotomanno credimus ſignificabunt, auſert proportione ſua indefinita ex treſſe 18. uncias. Sed nihil eſt, quod cum ratione aut proportione magis pugnet, quam hæc Hotomanni opinio: nec illum proficit mutata lectione: quippe cùm in treſſem venire duobus tantùm modis quis dici poſſit, & iis, quos paulò ante indicavi. Miror, virum aliàs acutiſſimum non potuiſſe videre harum rerum minimè obſcuram diſſimilitudinem. Quò plures in partes res quæque diſcerpitur, eò minus ſinguli ex toto ferant neceſſe eſt. Accidit hoc item in diſtributione hæreditatis: ac proinde ſi hæreditas diſtributa fuerit in uncias ſive partes 36. ut in quæſtione propoſita, cum exhauſto dupondio aliquis ſine partes heres ſcribitur, non poteſt nec debet, is, cui pars adſcripta non eſt, tantum ex toto, hoc eſt, ex hæreditate conſequi, quantum is, qui aſſe ſolùm exhauſto ſimiliter ſine parte ſcriptus eſt, ubi hæreditas diviſa eſt ſolummodò in uncias 24. Quid enim tam manifeſtum eſt, quàm minores eſſe uncias in tripondio, quàm in dupondio, atque in hoc iterum minores, quàm in aſſe, omninoque ratione ad aſſem ſolemnem reducta unam unciam proportione reſpondere duabus in dupondio, tribus in tripondio ſive treſſe? Sumamus exempla facillima & prope puerilia cum Hotomanno. *Primus ex* 11. *unciis hæres eſto. Secundus hæres eſto.* Hic ſecundus ſine parte inſtitutus habebit duodecim uncias. *Primus ex duodecim unciis. Secundus item ex* 12. *unciis hæredes ſunto. Tertius quoque hæres eſto.* Hic tertius itidem habebit 12. uncias, ſed quæ in aſſe juris non tantum efficiant, quantum caſu priori: illic enim ſingulæ ſemunciam, hic binæ ſolùm ſextulas ſive tertiam unciæ partem valent. Error Hotomanni in reductione & detractionibus faciendis maximè conſpicuus eſt. Is in propoſita ſpecie Tertio ſine parte ſcri-
4 pro initio nihil; Primo & Secundo ſingulis partis ſuæ dimidiam detrahit, id eſt, uncias ſex de duodecim, quot ſingulis adſcriptæ, ut efficiat dupondium; in quo cum Tertius 12. Primus & Secundus ſinguli 6. tantùm uncias habere reperiantur, ita dupondium deinde ad aſſem revocat, ut Primo iterum & Secundo ſingulis partis ſuæ, quam in dupondio iis reliquerat, dimidia, id eſt, ternæ unciæ detrahantur; Tertio ſenæ, ut unum hic ſemiſſem ſolus, alterum illi duo conjunctim conſequantur. Quod minimè ferendum eſt. Nam cũ Tertius interpretatione juris non minùs in certam partem vocetur, quàm duo illi, in quorum perſonis partes expreſſæ ſunt, & vocetur in partem partibus expreſſis æqualem, æqualem quoque detractionem cum cæteris pati debet: ideoque in propoſito ſi tres aſſes diſtributos ad unum redigere volumus, binæ reductiones, totidemq; gradatim & pares in ſingulorum portionibus detractiones fiat. Prima ſit tripondi ad dupondium, in qua ſingulis detrahenda pars tertia, id eſt, unciæ 4. altera dupondii ad aſſem, in qua ſingulis, ut as relinquatur, detrahenda eſt dimidia. Denique eadem ἀναλόγως ratio eſt, cum dupondio ſuperato aliquis ſine parte ſcribitur, & cum dupondio non ſuperato, ſed expleto tantùm: itaque ut illic in id, quod tertio aſſi deeſt, ſine parte ſcriptus vocatur, *l. Sabinus* 18. *eod.* ita hic integrum quidem aſſem tertium, at nihil amplius capere debet, *add. Ant. Fabr.* 5. *conj.* 20. *Bachov. in Trevil. vol.* 2. *diſp.* 11. *theſ.* 4.

Textus.

Si pars vacet, aut exuperet.

7. *Videamus, ſi pars aliqua vacet, nec tamen quiſquam ſine parte ſit hæres inſtitutus, quid juris ſit; veluti ſi tres ex quartis partibus hæredes ſcripti ſunt. Et conſtat, vacantem partem ſingulis tacitè pro hæreditaria parte accedere, & perinde haberi, ac ſi ex tertiis partibus hæredes ſcripti eſſent. Et ex diverſo, ſi plures hæredes ſcripti in portionibus ſint, tacitè ſingulis decreſcere, ut ſi (verbigratia) quatuor ex tertiis partibus hæredes ſcripti ſint, perindè habeatur, ac ſi unuſquiſq; ex quarta parte hæres ſcriptus fuiſſet.*

Notæ.

7. *Ex quartis partibus*] Id eſt, ſinguli ex quadrante, ſeu tribus unciis. Et ita quoque, mox ſequitur, *ex tertiis partibus*, id eſt, ex trientibus ſive unciis quatuor.

Pro hæreditaria parte] Clariùs hoc apparet, cum partes adſcriptæ ſunt inæquales, v. c. *Titius ex quadrante, Mævius ex ſemiſſe hæredes ſunto.* Hic ex tribus unciis vacantibus una Titio, duæ Mævio accreſcunt, *d. l.* 13. *§.* 3. *h. t.*

Tacite ſingulis decreſcere] *d. l.* 13. *§.* 4. Poteſt hic & alia ratio iniri, ut ſingulis accreſcat, quod dupondio deeſt. Sed & tot partes poſſunt in diviſione ſervari, quot teſtator fecit, *l.* 15. *§. ult. l.* 47. *§.* 1. *l.* 87. *eod.*

Commentarius.

1 *Explicatur conſtitutio Juſtiniani* in l. 23. C. de legat.

Hic locus pertinet ad articulum tertium, cum hæredes omnes inſtituti ſunt ex certis partibus. In hoc articulo ſi teſtator ſolemnem aſſis diſtributionem ſecutus, non pauciores neque plures partes ſive uncias fecerit, quàm duodecim, nihil eſt, de quo dubitari poſſit. Tantùm ſi pauciores vel plures fecerit, & juxta rationem juris ad duodecim diſtributionem revocare volumus, quæri poteſt, quantum cuique adiici vel detrahi oporteat. Placuit autem, adjectionem vel detractionem non æqualiter & in partes viriles

Digitized by Google

fieri, ſed pro rata ejus partis, quæ cuique adſcripta eſt, 13.§.2.*& ſeqq.hoc tit.*

Si tres ex quartis partibus, &c.] Hoc eſt, ſi tres inſtituti ſint ſinguli ex quadrante ſive ex tribus unciis. Ait, *vacantem partem*. Id eſt, quadrantem reliquum, ſive tres uncias, quæ aſſi deſunt. *Pro hæreditaria parte*. Hoc clariùs apparet, cum adſcriptæ ſunt partes inæquales; veluti ſi teſtator ita dixerit, *Titius ex quadrante, Mævius ex ſemiſſe hæredes ſunto*. Hic enim ex tribus unciis, quæ aſſi explendo deſunt, una Titio, duæ accreſcunt Mævio, *d.l.*13.§.3. perinde acſi ille ex triente, hic ex beſſe ſcriptus eſſet. Accreſcunt autem partes reſiduæ ſingulis neceſſariò, & eadem ratione, qua uni hæredi ex parte ſcripto reliqua hæreditas accreſcit; quia ſcilicet juris ratio non patitur, ut eidem partim ex teſtamento partim ab inteſtato ſuccedatur.

Si quatuor ex tertiis partibus, &c.] Hoc eſt, ſi quatuor inſtituti ſint ſinguli ex triente ſive ex unciis quatuor. *Tacitè ſingulis decreſceret*. Pro parte item hæreditaria, ut quadrantem ſinguli in aſſe ferant. Et igitur ſi duo ſcripti ſint, Primus ex 12. Secundus ex 6. unciis, Primus ex ſententia veterum habebit hæreditatis beſſem, Secundus trientem, *d.l.*13.§.*ſed ſi* 4.*hoc tit.* Et ἀναλόγως, ſi Primus ex 12. Secundus ex 8. aut 9. ſcripti ſint, portio Primi major erit ſeſquialo vel epitrico, quàm Secundi: à qua tamen veterum ſententia videtur receſſiſſe Juſtinianus, *l. cum talis* 23. *C. de legat.*
1 niſi dicamus cum Donel.*lib.6.comm.c.*22. intereſſe, utrùm aſſe ſive duodecim unciis Primo relictis, mox ſemis aut ſex unciæ Secundo relinquantur ſimpliciter, an ſex unciæ aut dimidia nominatim ejuſdem rei aut totius quod relictum eſt. Et hoc poſteriore caſu locum dumtaxat aſſe conſtitutioni Juſtiniani, qui & initio ſpeciem ita proponit, priore non item. In quo Donello aſſentior: nam prior caſus, de quo nulla inter veteres diſſenſio, Juſtiniani deciſione non indigebat. Illud addo, poſſe & aliam rationem in re propoſita iniri, ut progreſſus fiat ad dupondium, & ſingulis pro portione hæreditaria accreſcat, quod dupondio deeſt. Sed & tot partes, quot à teſtatore factæ ſunt, in diviſione ſervari poſſunt, ut ſinguli ſuas ferant, *l.*15.§.*ult.l.ſi ita* 47. §. 1. *leg. ex unciis* 87. *hoc tit.*

TEXTUS.

Si plures unciæ quàm duodecim diſtributæ ſunt.

8. *Et ſi plures unciæ, quàm duodecim, diſtributæ ſint, is, qui ſine parte inſtitutus eſt, quod dupondio deeſt, habebit. Idemque erit, ſi dupondius expletus ſit. Quæ omnes partes ad aſſem poſtea revocantur, quamvis ſint plurium unciarum.*

COMMENTARIUS.

1 *Caſus aliquot hic omiſſi recenſentur.*

RECtiùs hic §. ſubjectus foret §.5. propter convenientiam propoſitorum in utroque caſuum, qui ad eumdem articulum, atque ex tribus, in quos præſens diſputatio diviſa eſt, ad ſecundum pertinent, nempe cum quidam definitè, quidam indefinitè ſcripti ſunt, ut in explicatione noſtra illic videre licet.

Quod dupondio deeſt] Eadem ratio eſt in ſecundo aſſe, quæ in primo: & ideo quemadmodum aſſe non expleto, is qui ſine parte ſcriptus eſt, vocatur in id, quod deeſt aſſi; ita ſi teſtator ſuperato aſſe, dupondio tamen non expleto ſine parte hæredem ſcripſerit, is quod ex dupondio deeſt, habebit, ad quem teſtator aſſem excedens tranſire intelligitur, *leg.* 18. *hoc tit.* Quamobrem ſi ita ſcripſerit, *Primus ex unciis* VIII. *Secundus item ex* VIII. *hæredes ſunto. Tertius hæres eſto.* Hic Tertius item octo uncias, quot dupondio deſunt, feret. Eadem ratione, ſi ita ſcripſerit; *Primus ex ſex, Secundus ex octo hæredes ſunto. Tertius hæres eſto.* Tertius decem, quæ ſuperſunt in dupondio, habet, *l. ex unciis* 87.*hoc tit.* Quòd ſi partes, uti fit, ad unum aſſem revocamus, in priori ſpecie ſinguli trientem, in poſteriore Primus quadrantem, Secundus trientem, Tertius ſine parte ſcriptus quincuncem feret.

Idemque erit, ſi dupondius expletus ſit] Expletus videtur dixiſſe pro *ſuperatus*: neque enim hic de expleto aſſe aut dupondio quæritur, ſed de ſuperato; qui caſus ab illo diverſus eſt: quamquam utriuſque eadem ratio, *l.* 17. §. *ult.cod.* & tam is, qui aſſe aut dupondio expleto alium ſine parte hæredem facit, ad dupondium vel tripondium creditur tranſiiſſe, quàm is, qui id fecit aſſe aut dupondio jam ſuperato; ut quemadmodum hic ſine parte ſcriptus in id, quod dupondio aut tripondio deeſt, vocatus intelligitur; ita illic in novum, hoc eſt, ſecundum aut tertium aſſem.
Sunt & alii caſus, qui ad inſtitutam diſputationem pertinent, à Triboniano omiſſi, & fortaſſis 1
de induſtria: veluti 1. ſi quis ſolus inſtitutus ſit, non ſimpliciter aut ex parte hæreditatis, ſed ex re certa, puta ex fundo; quam inſtitutionem valere placet, quaſi mentio fundi facta non eſſet, & inſtitutum bonorum omnium hæreditatem conſequi, *l.*1.§.4.*hoc tit. l. cohæredi* 41. *in fin. de vulg.& pup.* de quo dixi §. 5. *ſup. eod.* 2. Si plures inſtituti omnes item ex re certa; atque hoc caſu ſimiliter mentio rei & partium quoque nominatarum poteſtate legis detrahitur, etiam tunc cum ex partibus rei inæqualibus inſtituti ſunt, niſi aliud ſuadeat manifeſta voluntas teſtatoris: tunc enim partium expreſſio valebit ad rerum diviſionem, ut officio judicis familiæ erciſcundæ pro rata portionis, quam cuique in rebus aſſignavit teſtator, hæreditas ſingulis adjudicetur, *l.* 9. §. *ſi duo*, *l.* 10. *junct. l. ex facto* 35. *in pr. eod.* 3. Si plu-

res

res inſtituti, eotumque quidam ex te certa, quidam ſimpliciter aut ex parte hæreditatis: hoc caſu placuit ſolos hæredes fieri, qui ſimpliciter aut ex quota, uti loquuntur, ſcripti ſunt, ex re ſingulari ſcriptos legatariorum loco eſſe, *leg.* 13. *Cod. eod.* Cur verò tam variè? Nimirum ideo, quia ubi ſoli ſunt inſtituti ex re certa, hic ſi teſtamentum ſubſiſtere volumus, atque ex eo, quod utique teſtator voluit, deferri hæreditatem, neceſſariò detrahenda eſt rei mentio, cùm hæc ſimul ſtare non poſſint, hæredem eſſe, hoc eſt, univerſi juris ſucceſſorem, & rem tantùm obtinere ſingularem. At verò cùm concurrunt cum his alii rectè hæredes ſcripti vel indefinitè, vel ex certa parte hæreditatis, nulla neceſſitas cogit, ut mentionem rei, ex qua unus aut plures ſcripti ſunc, detrahamus, cùm rem illam habere poſſint tamquam ex legato, item ſalva tatione juris & defuncti voluntate, quæ per cohæredes ſimpliciter vel ex parte ſcriptos ſuſtinetur. Planè ſi hæredes univerſitatis defecerint, quòd adire hæreditatem noluerint, aut ante mortui ſint, tunc ex communi opinione Doctorum in *dict. leg.* 13. idem per omnia erit, ac ſi inſtituti ex re ſingulari ab initio ſoli fuiſſent; quamvis nonnulli hanc ſententiam non aliter admittant, quàm ſi cohæredes defecerint vivo adhuc teſtatore, quos ſequitur Bachovius hic: vid. *Gomez,* 1. *reſol.* 10. *n.* 13. *Graſſ.* §. *inſtitutio, qu.* 22. *n.* 13.

Textus.

De modis inſtituendi.

9. *Hæres & purè & ſub conditione inſtitui poteſt: ex certo tempore, aut ad certum tempus non poteſt: veluti*, Poſt quinquennium, quàm moriar; *vel*, Ex Calendis illis; *vel*, Uſque ad Calendas illas hæres eſto. *Denique diem adjectum haberi pro ſupervacuo placet, & perinde eſſe, ac ſi purè hæres inſtitutus eſſet.*

Notæ.

Sub conditione] *V. C. Titius hæres eſto, ſi Mæviam uxorem duxerit.* Hic inſtitutio in pēdenti eſt, & ſi quidem extiterit conditio, vires capit, ac conditionis eventus retrotrahitur ad tempus mortis, ut perinde habeatur, ac ſi purè facta eſſet inſtitutio: ſi conditio defecerit, inſtitutio evaneſcit, deferturque hæreditas ab inteſtato, *l.* 26. *de cond. inſt.* fac. *l.* 8. *de per. & com. rei vend. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign.*

Ex certo tempore, &c.] Ratio eſt, quia regula, quæ vetat eumdem in paganis teſtato & inteſtato decedere, etiam in ſpatio temporis locum habet, *l.* 41. *de teſt. mil. l.* 8. *C. eod.* ubi quod traditur, eſt ex prærogativa privilegii militaris. Ceſſat autem in conditione, cujus eventus retrotrahitur. Cōditionem facit etiam dies incertus. Ceſſat autem in conditione, cujus eventus retrotrahitur Conditionem facit etiam dies incertus, *l.* 75. *de cond. & idem.*

Uſque ad Calendas] Occurit hic etiam ſpecialis ratio, quia juri noſtro non convenit temporalem hæredem habere, *l.* 7. §. 20. *de minor. l.* 88. *h. t.*

Pro ſupervacuo] Hoc benevolentiæ eſt, ne pereat ultima defuncti voluntas, *l.* 34. *h. t.*

Commentarius.

1 *Captatoria inſtitutio quæ veteribus dicta.*
2 *Suos hæredes omnes ſub alia conditione inſtitui non poſſe, quàm quæ in eorum ſit poteſtate.*
3 *Diem certum inſtitutioni appoſitum, ſive ut terminum à quo, ſive ut terminum ad quem, pro ſupervacuo haberi.*
4 *Cur dies certus inſtitutioni adjectus, ut terminus à quo, non ſuſpendat inſtitutionem, ſimiliter ut adjecta conditio.*
5 *Moribus hodiernis hujuſmodi ſubtilitatis inſuper haberi.*
6 *In teſtamentis diem omnem incertum conditionem facere.*
7 *An ſi cui bonorum omnium uſusfructus legatus ſit, & poſt mortem ejus alius hæres inſtitutus, legatum valeat.*

Hic ſe nunc offert tituli hujus pars tertia, ex qua tractatur de forma & modo hæredes inſtituendi, deque iis, quæ inſtitutioni utiliter vel inutiliter adiiciuntur: ſed non omnia, quæ eò pertinent, Imp. tangit, contentus, quæ præcipua ſunt, de conditione & die adjectis quædam indicaſſe. Ante quorum explicationem monendi ſumus, ad formam inſtitutionis omnino pertinere, ut ea verbis fiat, iiſque idoneis, ut ex iis liquere poſſit voluntatis intentio; quamvis quibus verbis fiat, imperativis ſive directis, an inflexis, nihil referat, *l.* 15. *C. de teſt. & ibi DD.* Deinde ita fieri debere, ut de perſona hæredis certò conſtare poſſit, vel ex nomine, vel ex indubitabili ſigno; alioqui vitiari inſtitutionem *leg.* 9. *in pr. junct.* §. *ſi quis* 8. *& ſeq. in tempus* 62. §. 1. *hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Item inutilem eſſe inſtitutionem, ſi teſtator non certo conſilio hæredem ſcribat, aut 1
quid alienum captet. Unde improbata veteribus tum inſtitutio, quæ in alienam voluntatem confertur, veluti ſi quis dixerit, *Quos Titius voluerit, hæredes ſunto, l. illa inſtitutio* 32. *l. ſi quis* 68. *eod.* tum captatoria, quæ fit captandæ alienæ hæreditatis cauſa, cum teſtator ſuam hæreditatem tamquam in hamo defert, ut allectet alienam; puta hoc modo, *Qua ex parte Titius me hæredem faciet ex eadem mihi hæres eſto, l. captatorias* 70. *cum leg. ſeq. eod. captatoriæ* 64. *de legat.* 1. cujuſmodi inſtitutiones etiam in teſtamentis militum improbantur, *l.* 11. *C. de teſt. mil.* Hoc autem modo concepta inſtitutio valet, *Qua ex parte Titius me hæredem fecit, ex eadem hæres eſto.* Quoniam in præteritum collata eſt, neque ad captandum, ſed ad remunerandum comparata, *l. illa autem* 71. *l. Clemens* 81. § *eod.* Sed nec inſtitutiones, quæ mutuis aſte-

Digitized by Google

affectionibus judicia provocaverunt, pro captatoriis habentur, *d. l. captatorias 70. eod.* Valent itaque haud dubiè & mutuæ conjugum inſtitutiones. *D. Tulden. in C. de teſt. mil. n. 9.* ubi obiter refellit Jo. DecKherum hanc ſententiam oppugnantem *lib. 1. diſſert. 7.* De captatoria inſtitutione eleganter Menoch. *conſ.* 408. *Ant. Fab. Cod. ſuo de hæred. inſt. defin. 11. poſt Cujac. 10. obſ. 11. Duar. c. 3. hoc tit.* Nunc accedamus ad explicationem textus.

Sub conditione inſtitui poteſt.] Conditio eſt adjectio, qua in futurum eventum, quod dari, aut fieri volumus, ſuſpenditur: eaque vel poſſibilis eſt, vel impoſſibilis. Impoſſibilis inutiliter inſtitutioni adjicitur, & pro non ſcripta habetur, de qua mox: poſſibilis utiliter, ut ſuſpendatur interim inſtitutio, atque exiſtente conditione vires capiat, perindeque habeatur ac ſi purè facta eſſet; deficiente, evaneſcat, & hæreditas deferatur ab inteſtato. Solius perſona filiifam. excipitur, qui vetatur ſub alia conditione hæres inſtitui, quàm quæ in illius poteſtate ſit, niſi ſub contraria conditione exhæredetur, ne ſi conditio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, *leg. 4. 5. 6. leg. jam dubitari 86. hoc tit. leg. 15. leg. ultim. de cond. inſt.* Tantumdem nunc dicendum de cæteris
a. liberis, qui in poteſtate ſunt, & ſui hæredes, poſtquàm hi omnes filiofam. exæquati, *§. 5. ſup. tit.* Falluntur ergo DD. qui putant, ita nunc jus eſſe, ut ſi ſuus hæres in incertum eventum inſtitutus ſit inſtitutio non vitietur, ſed poteſtate juris detrahatur conditio uſque ad portionem legitimam, quæ gravari prohibeatur ulla diſpoſitione moram aliudve onus afferente, *per l. quoniam 32. C. de inoff. teſt.* Non enim animadvertunt agi iſto loco non de liberis inſtitutis, ſed exhæredatis, quibus aliquid pro legitima relictum ſit. Nam Juſtinianus cùm in *l. omni modo 30. & l. ſeq. C. eod.* juſſiſſet ceſſare querelam inofficioſi, ſi quid liberis omninò relictum eſſet, ſuppleríque, ſi minus relictum, quod legitimæ deeſt, mutato veteri jure, quo querela non excludebatur, niſi aut tota legitima portio relicta eſſet, aut ſi minus, adjecta clauſula, ut ſi quid deeſſet, id boni viri arbitratu repleretur, *in d. l. quoniam.* Quæ mox ſequitur, ſuperiores ſanctiones temperat, eaſque ſic vult obtinere, ut liberi portionem legitimam plenam conſequantur, & ſine ullo gravamine aut mora. Noviſſimè voluit & titulo inſtitutionis legitimam relinqui, *Nov. 115. cap. 3.* de quo plura *tit.* 118.

Ex certo tempore aut ad certum tempus non poteſt] Hujus rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, *Ex certo tempore, &c.* quibus verbis tacitè innuitur differentia temporis ſive diei certi atque incerti, & quæ hic traduntur, non ad utrumque, ſed ad alterum tantummodò, certum ſcilicet, pertinere: Ita eſt: Dies aut eſt certus, aut incertus. De incerto illicò videbimus. Certum dicimus, cum certum eſt & venturum eſſe, & quando venturus ſit. Hic dies bifariam inſtitutioni fortè apponi poteſt, vel ut terminus à quo, veluti, *Poſt quinquennium quàm moriar, hæres eſto* vel ut terminus ad quem, veluti, *Uſque ad quinquennium hæres eſto.* Neutro autem modo appo- 3.
nitur utiliter. Et hoc eſt, quod Imp. ait, hæredem ex certo tempore vel ad certum tempus inſtitui non poſſe: non quòd adjectione diei in totum vitietur inſtitutio, ſed quòd dies, ut vitioſè adjectus, rejiciatur & habeatur pro non ſcripto: ita enim ſe ſtatim explicat, cum ait, diem adjectum pro ſupervacuo haberi, & perinde eſſe, ac ſi purè inſtitutio facta ſit. Breviter Juriſconſultus, *l. hæreditas 34. hoc tit. Hæreditas* inquit, *ex die vel ad diem non rectè datur, ſed vitio temporis ſublato manet inſtitutio.* Quòd dies tollitur, benevolentiæ eſt, ne pereat ultima defuncti voluntas. Quòd die non ſublato ſubſiſtere nequeat inſtitutio, ex regula, qua vetatur idem in paganis teſtato & inteſtato decedere, propoſita & à nobis expoſita *§. hæreditas 5. ſup. eod.* Neque enim ad portionem bonorum tantùm, verùm etiam ad temporis ſpatium ea regula pertinet, *l. miles ita 41. in pr. de teſt. mil.* Peculiaris quoque ratio eſt, cum dies adjicitur tamquam terminus ad quem; quia juri noſtro non convenit, temporalem hæredem habere, ſed is, qui ſemel hæres extitit, ſemper hæres maneat neceſſe eſt, *l. 7. §. ſed quod 10. de minoribus, l. ei qui 88 hoc tit.* De altero quæſierit aliquis, cur cum hæres ex certo die inſtituitur, non æquè liceat ſuſpendi inſtitutionem, & antequàm dies veniat, nullum interim hæredem eſſe, ac cum quis inſtituitur ſub conditione; & quid interſit, ita ſcribam; *Titius poſt quinquennium hæres eſto,* an, *Titius hæres eſto, ſi uxorem duxerit?* Hoc intereſt: Conditionis ea eſt vis ac 4.
natura, ut actum omnem, cui adjicitur, juriſque effectum ſuſpendat, ea deficiente nihil actum ut intelligatur, exiſtente perinde habeatur, ac ſi ab initio res ſine conditione geſta eſſet, *leg. 8. de per. & comm. rei vend. leg. 11. §. 1. qui pot. in pign.* Proinde cum hæres ſub conditione inſtitutus eſt, in pendenti eſt tota diſpoſitio teſtatoris; & ſiquidem defecerit conditio, nulla diſpoſitio facta intelligitur, ſtatimque defertur hæreditas ab inteſtato; ſi extiterit, eventus ejus retrotrahitur ad tempus mortis, ut quod ſub conditione diſpoſitum eſt, jure diſpoſitum intelligatur, *leg. ſi pupillus 26. de cond. inſtit.* Dies verò certus diverſæ naturæ eſt, primùm in hoc, quòd nunquam ſuſpendit vim aut effectum juris; tantùm ad hoc utiliter rei alicui, vel uti legato aut ſtipulationi, adjicitur, ut remoretur executionem, *§. 2. inſtr. de verb. obl. leg. cedere diem. 213. de verb. ſign. leg. 17. de reg. jur. l. ſi dies 21. quand. dies legat.* Quòd ſi ergo hæres ex certo tempore inſtitutus ante id tempus hæres eſſe impediatur, dies operabitur præter & contra ſuam naturam ſuſpenſo juris effectu, ideòque ſtatim potiùs admittendus, præſertim cùm certum ſit diem exiturum eſſe, quod ſecus eſt in conditione. Ita poſt *Iacob. de Aret. Bart. & Cald.* diſputat *Gomez. 1. reſol. 2. num.* 8. Deinde & in eo differentia eſt, quod dies non ita, ut conditio, exi-

ſtens

Digitized by Google

ſtens retrotrahi poteſt, hoc eſt, quòd aditio poſt diem exiſtentem facta non poteſt conjungi & continuari cum tempore mortis teſtatoris, quam tamen continuationem jus requirit, *l. hæres 54. de acq. hær. l. omnis 138. de reg. jur.* niſi toto intermedio tempore ſubducto: nam ſi id tempus manere volumus, ut adjectum utiliter, jam non ſuſpendimus inſtitutionem, ut nullus interim hæres
5 ſit; ſed cauſæ inteſtati interim locum facimus: quod juris ratio non patitur. Noſtri & Gallorum mores hujuſmodi ſubtilitates averſantur: ſed uti receptum eſt, ut unicuique pro portione bonorum & teſtato & inteſtato decedere liceat, ita & ad tempus quiſque hæredem facere poteſt, & ex certo tempore, ut aut poſt tempus, aut antequàm dies veniat, inteſtati hæreditas deferatur; quod jure civili Romanorum ſolummodò ex privilegio obtinebat in teſtamentis militum, *l. 15. §. 4. l. miles 42. in pr. de teſt. mil. vid. notat. ſub §. hæreditas 5. ſup. eod.* Hæc dicta ſunto de die certo. Dies incertus, aut prorsùs & ſimpliciter talis eſt, cum ſcilicet neutrum horum apparet, nec an venturus ſit, nec quando; veluti ſi ita teſtator dixerit; *Titius hæres eſto, cùm conſulatum inierit, cùm uxorem duxerit*; aut ſecundùm quid, cum alterutrum incertum eſt, & vel ignoratur, an venturus ſit dumtaxat; veluti ſi ita
6 ſcriptum ſit; *Titius cum erit annorum quatuordecim hæres eſto*: vel tantùm quando venturus ſit, qualis eſt dies mortis cujuſque. Et extat de die incerto generalis definitio Papiniani in hæc verba; *Dies incertus conditionem in teſtamento facit, l. dies 75. de cond. & dem.* cujus definitionis hæc ſententia eſt, ut conditio teſtamento adjecta non detrahitur, ſed ſuſpendit diſpoſitionem, ita & dies incertus; atque ut exiſtente demum conditione vires accipit diſpoſitio, ita & exiſtente demum die incerto. Et ſiquidem vel utrumque ignoretur, an dies venturus ſit, & quando, vel etiam unum illud, an ſit venturus, dubium non eſt, quin hujuſmodi dies pro conditione ſit, *l. ſi dies 21. & l. ſeq. quad. dies leg.* At ſi certum ſit, exiturum eſſe, ignoretur autem quando: hic referre puto, utrùm dies appoſitus ſit extraneo, an ipſi hæredi. Si extraneo, puta hoc modo, *Titius hæres eſto, cum Sempronius morietur*, diem pro conditione eſſe, qua fieri poteſt, ut hæres ſcriptus ante Sempronium moriatur: quo argumento tale legatum conditionale eſſe defenditur, *Hæres meus, cum morietur, Titio decem dato, l. 1. §. 2. de cond. & dem. l. 4. in pr. quand. dies leg.* Si verò ipſi hæredi adſcriptus ſit, veluti, *Titius, cum morietur, hæres eſto* non puto conditionem facere: quia nec ſi legatario adſcribatur, facit, *d. l. 4. §. 1. l. hæres meus 79. in pr. de condit. & dem.* & ideò inſtitutioni adjectum quaſi diem certum, qui vivente adhuc hærede omnimodò exiturus ſit, detrahendum eſſe, inſtitutionemque pro pura habendam: quæ & communis interpp. ſententia eſt in *l. 9. C. hoc tit.* teſte Gomez. *1. reſol. 2. n. 11.* Illud apertè falſum eſt, quod hoc loco ſcribit Bachovius, tale legatum, *Titio, cum morietur, decem do, lego*, conditionales eſſe, contra textus expreſſos, *in d. l. hæres meus 79. de cond. & dem.* & *in d. l. 4. §. 2. quand. dies leg. ced.* Singularis caſus inſtitutionis ex die incerto eſt, cum quis inſtituitur in tempus capiendæ hæreditatis, *l. in tempus 62. hoc tit.* qui tamẽ caſus à doctoribus omnibus reſtringitur ad eos, qui non ſimpliciter incapaces ſunt, ſed ſecundùm quid; quales ſunt orbi, cœlibes: quos procul dubio hæredes inſtituere licet, cùm liberos ſuſceperint, cùm uxores duxerint. Angelo abſurdum non videtur etiam deportatũ ſic inſtitui, cum reſtitutus erit. Utique rectè idem Angelus reſponſum iſtud Juriſconſulti in *d. l. in tempus*, ſic temperandum exiſtimat, ut locum habeat cum incapacitas eſt ex parte inſtituti dumtaxat, non etiam ſimul ex parte teſtatoris: nam ſpurium hoc modo, *cum capere poterit*, à patre inſtitui non poſſe. De illo quæſitum eſt, ſi, verbi grat. uxori,
bonorum omnium uſusfructus legatus ſit, & poſt 7
mortem ejus Titius hæres inſtitutus, an legatum valeat. Et multis viſum eſt, tale legatum eſſe inutile; quoniam dies uſusfructus legati non priùs cedit, quàm hæreditas adita ſit, *l. un. §. 2. quand. dies uſufr. leg. ced. l. 2. & 3. quand. dies legat. l. un. §. libertatibus 6. C. de cad. toll.* in propoſito autem hæreditas adiri nequit, quamdiu uxor vivit, eò quòd dies incertus pro conditione eſt; nec poteſt confirmari legatum uſusfructus adita poſt mortem uxoris hæreditate, quia uſusfructus morte extinguitur. Pluribus tamen viſum eſt valere, quibus aſſentior. Etenim in caſu propoſito inſtitutio hæredis conditionalis non eſt, ſed purè in proprietate facta ex mente teſtatoris intelligi debet, utpotè qui legatum purè deberi voluit nec credendus eſt elegiſſe viam, per quam diſpoſitio ejus evertatur, contra *l. Gallus 29. §. 1. de lib & poſt. l. 5. de teſt. mil.* Poterit itaque hæres inſtitutus ſtatim hæreditatem adire, eamque tranſmittere, quia mortis tempus adjectum non eſt ad infringendam inſtitutionem, ſed ne hæres interim turbet uxorem in uſufructu. Quid ſi hæres inſtitutus adire vivente uxore nolit? Poſſe eam in caſu propoſito de facto uti & frui Baldus reſpondit in *l. extraneum, C. hoc tit.* ſed tutius eſt, ut judicis officium ſuper hoc imploret, *vid. Covar. 2. var. reſ. 2. num. 5. Gail. 2. obſ. 243. n. 2. Graſſ. §. legatum qu. 23. n. 2. Mantic. de conjec. ult. vol. lib. 4. tit. 5. n. 12. It. del Caſtill. tract. de uſufr. c. 8. nu. 23. & ſeq. D. Iac. Doren. conſ. 15.*

TEXTUS.

De conditione impoſſibili.

10. *Impoſſibilis conditio in inſtitutionibus & legatis, necnon fideicommiſſis, & libertatibus, pro non ſcripta habetur.*

NOTÆ.

10. *Impoſſibilis conditio*] Cui ſimilis, quæ quid continet, quod pugnat cum bonis legibus aut moribus, *l. 14. & ſeq. de condit. inſt.* perple-

xa autem, ἄπορος, vitiat inſtitutionem, *l. 16. eodem.*

Inſtitutionibus & legatis] Secus eſt in contractibus, §. 10. *infr. de inut. ſtip.* ratio diverſitatis petenda *ex l. 31. de obl. & act.*

Pro non ſcripta] *l. 6. l. 20. de cond. inſt. l. 3. de cond. & demonſt.* teſtamentum tamen patris infirmat adſcripta filiofam. quippe qui ſub alia conditione inſtitui non poteſt, quàm quæ ſit in ejus poteſtate, *l. 4. hoc tit. l. 5. de cond. inſt.* quod nunc ad omnes ſuos hæredes pertinet, *arg. § 5. tit. præc. l. 4 C. de lib. præt.*

COMMENTARIUS.

1 *Conditionem, ἄπορον aut difficilem propter perſonæ cui appoſita eſt, qualitatem, &c. pro impoſſibili non haberi.*

2 *Ultimas voluntates appoſitione conditionis impoſſibilis non vitiari, conventiones contra: & cur tam variè.*

3 *Diſpoſitionem hujus §. auctore Grotio non convenire moribus noſtris.*

4 *Conditioni impoſſibili ſimilem eſſe eam, quæ quid turpe continet, & ideò hanc quoque pro non ſcripta haberi in ultimis voluntatibus.*

IMpoſſibilis conditio eſt, definitore Juſtiniano, cui natura impedimento eſt, quo minùs exiſtat: veluti, *Si digito cælum tetigeris*, §. *impoſſibilis infr. de inut. ſtip.* Sed & quæ facta natura & per ſe poſſibilia ſunt, poſſunt caſu aut adjectione temporis fieri impoſſibilia: veluti, exigere pecuniam, monumentum facere, Gadibus Romam pervenire, ſunt δυνατὰ; at exigere pecuniam à ſe, monumentum poſt mortem teſtatoris in triduo proximo facere, biduo Gadibus Romam pervenire, ἀδύνατα. Sive autem per ſe conditio impoſſibilis ſit, ſive propter circumſtantiam aliquam, hoc jure utimur, ut ſub tali conditione facta inſtitutio non vitietur, ſed evaneſcat conditio, & pro non ſcripta habeatur, *l. 1. l. 6. mulier.*
1 *20. de cond. inſt.* niſi fortè conditio ſit ἄπορος, ſive talis, quæ efficiat, ut ipſa inſtitutio impoſſibilis, aut potiùs perplexa, atque inexplicabilis ſit, ita ut voluntas defuncti exitum reperire nequeat; cujuſmodi conditio inſtitutionem vitiat, *l. ſi Titius 16. de cond. inſt.* Sed & in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommiſſo, conditio impoſſibilis pro non ſcripta eſt, *l. 22. §. 1. l. ab omnibus 108. §. 1. de legat. 1. l. 5. §. 4. quand. dies leg.* generaliter enim quicquid in teſtamento ſcriptum impoſſibile eſt placet nullam vim habere, *l. ſi Mævia 45. hoc tit. l. 3. de condit. & dem.* Planè conditio difficilis huc non pertinet, quantùmvis propter perſonæ, cui appoſita eſt, qualitatem aliamve cauſam videatur impoſſibilis: ſed niſi conditioni pareatur, relictum in teſtamento non capitur. Finge libertatem ſervo relictam hac conditione, *Si hæredi millies dederis:* Hic non detrahetur conditio, ſed inutilis erit datio libertatis ut reſponſum eſt à Paulo, *l. 4. §. 1. de ſtatu l.* Idem juris eſt, ſi in tam longum tempus conditio collata ſit, ut eo tempore is, cui libertas datur, vivere vix poſſit; veluti ſi ſervo quatuor annos nato libertas detur, cum erit annorum centum: de quo *vid. Franc. Amaya lib. 2. obſ. jur. cap. 11.* Alio autem jure utimur in ſtipulationibus & conven- 2
tionibus; quippè quæ nullius momenti ſunt, & in totum vitiantur appoſita conditione impoſſibili, §. *ſi impoſſibilis inſ. de inut. ſtip. l. 7. de verb. obl. l. non ſolum 31. de obl. & act.* ubi etiam diverſi juris indicatur ratio; nimirum quia manifeſtum eſt, eos, qui in contrahendo apponunt aut apponi patiuntur conditionem, quam ſciant eſſe impoſſibilem, non eſſe hoc animo, ut ſe aut alios ſibi obligent; ſed jocari, ludere, omninò ea cogitatione eſſe, ut nihil agi exiſtiment. At teſtatorem in ordinatione ſupremæ voluntatis, in re tam ſeria & cogitatione mortalitatis, non ſeriò agere & ludere voluiſſe, quod in ſpeciem impietatis cadit, credendum non eſt, ſed mendum potiùs ei excidiſſe, quod favore ultimæ voluntatis corrigitur, & tollitur à lege, ne id hæredi fraudi ſit cui nihil imputari poteſt, neve alia benè rectèque conſtituta evertantur, *arg. l. 1. de cond. inſtit.*
D. Grotio videtur hanc interpretationem minùs 3
convenire moribus noſtris; nam cùm in his regionibus omnem ſupremam diſpoſitionem interpretemur ſecundùm id, quod propius vero eſt ſenſiſſe teſtatorem, nobis hujuſmodi inſtitutionem potiùs pro ridicula & nulla habendam eſſe, ut etiam ipſi Romani in cæteris cauſis id intellexerunt, dempta ultima voluntate. Impoſſibili 4
conditioni ſimilis eſt conditio turpis, quam interpretes vulgò ut ſpeciem impoſſibili ſubjiciunt, & appellant impoſſibilem de jure. Ea eſt, quæ quid continet, quod pugnet cum pietate, bonis legibus aut moribus. Nam, ut benè & piè Papinianus noſter *l. filius 15. de cond. inſt. Quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & generaliter, quæ contra bonos mores fiunt ea nec facere nos poſſe credendum eſt.* Et ideò etiam, ſi quid ejuſmodi teſtamento inſertum ſit, id perindè ac ſi quid impoſſibile adſcriptum eſſet, placet pro non ſcripto haberi, *l. conditiones 14. de cond. inſt.* veluti, *Si ab hoſtibus patrem ſuum non redemeris; Si parentibus patronove ſuo alimenta non præſtiteris.* Paulus ſcribit, hujuſmodi conditiones remittendas eſſe, *l. 9. d. tit.* quod effectu juris eodem recidit: capitur enim ſemper hæreditas legatumve perinde, ac ſi adjectæ non eſſent. Planè filius, qui in poteſtate eſt, ſub tali conditione hæres ſcriptus, teſtamentum patris infirmat, ac ſi conditio non eſſet in ejus poteſtate, *d. l. 15. eod.* quod etiam ad cæteros ſuos hæredes nunc transferendum eſt, per ea, quæ *ſub §. præc.* Pacta quoque & ſtipulationes turpi conditione appoſita nullius momenti ſunt, uti juris eſſe diximus, cum his apponitur conditio impoſſibilis de facto, *l. generaliter 26. l. ſtipulatio 61. de verb. obl. l. 4. C. de inupt. ſtip.*

TEX-

TEXTUS.

De pluribus conditionibus.

11. *Si plures conditiones inſtitutionibus adſcriptæ ſunt, ſi quidem conjunctim, ut puta:* Si illud & illud factum fuerit, *omnibus parendum eſt: ſi ſeparatim, veluti,* Si illud, aut illud factum erit, *cuilibet conditionis obtemperare ſatis eſt.*

NOTÆ.

11. *Omnibus parendum*] Ut verificetur tota copulata enuntiatio, *l.5. de cond. inſt. fac. l. 129. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

DOcent nos dialectici, copulatæ orationis partes omnes veras eſſe oportere, ſi ea vera eſſe ponatur: totam autem falſam eſſe, ſi vel una pars falſa ſit: cui conveniens eſt, quod hic ſcribit Juſtinianus, ſi plures conditiones conjunctim inſtitutioni adſcriptæ ſint, omnibus parendum eſſe, ut ſcilicet verificetur tota renuntiatio, & inſtitutio purificetur; quod & Paulus tradidit, *l.5. de conſt. inſt.* & Scævola de ſtipulatione eodem modo concepta, *l. ſi quis 129. de verb. obl.* ait; *omnibus parendum eſt.* Parere, obtemperare dicimur conditioni, quando eam implemus, & propriè hæc enuntiantur de ea conditione, quæ poſita eſt in noſtra poteſtate, quam quoties volumus, implere poſſumus, nonnunquam tamen & ad earum conditionum impletionem referuntur, quæ poſitæ ſunt in eventu, *ut in l.2. de cond. & dem.* & ſic quod hic traditur, pluribus conditionibus conjunctim adſcriptis, omnibus parēdum eſſe, etiam ad plures conditiones, quæ ex caſu pendent, copulatas pertinere, ſciendum eſt, nec ſufficere ad delationem hæreditatis, unam exiſtere aut impleri, ſed omnium impletionem expectandam: quippe cùm non minùs in hanc ſpeciem, quàm in præcedentem illam prædictum axioma logicorum quadret, & utique ex æquo conveniat ratio Pauli *in d. l. 5. cond. inſt.* quòd plures conditiones conjunctim ſcriptæ unius loco habeantur; ideòque meritò à reliquis interpretibus notatus eſt Accurſius, quòd putaverit, ex pluribus conditionibus caſualibus conjunctim appoſitis ſufficere extitiſſe unam: *arg. leg. ſi plures 17. eod. tit.* quæ huc non pertinet, ſed loquitur de pluribus inſtitutionibus factis ſub diverſis conditionibus, repetita ſcilicet ejuſdem inſtitutione in diverſa parte teſtamenti, *D. Vigl. hic.*

Si ſeparatim, cuilibet, &c.] *d. l.5. de cond. inſt. d. l. ſi quis 129. de verb. obl.* & ratio eſt, quia disjunctiva oratio unius partis veritate contenta eſt; unde regula juris Pontificii, *In alternativis ſufficit alterum adimpleri, reg. 70. in 6.* Cujacius legit *cuilibet* voce divulſa, id eſt cui placet. Theophili ὃ ἂν ἐθέλῃ. Illud addo, ex caſu pendentes conditiones omnimodò implere oportere: quæ autem in poteſtatem noſtram conferuntur, etiam tunc pro impletis haberi, cum per alium ſtat, quominùs impleantur; veluti ſi quis ita inſtitutus ſit, *Si Sejam uxorem duxeris*, & ea nolit nubere, *l.5. §. item ſi 5. quand. dies leg. l. jure 24. de cond. & dem. l. in jure 161. de reg. jur. & ibi doctiſſimè, Pet. Fabr.*

TEXTUS.

De his, quos unquam teſtator vidit.

12. *Ii, quos nunquam teſtator vidit, hæredes inſtitui poſſunt; veluti ſi fratris filios peregrinantes, ignorans qui eſſent, hæredes inſtituerit. Ignorantia enim teſtantis inutilem inſtitutionem non facit.*

NOTÆ.

12. *Nunquam teſtator vidit*] Etiam extraneos penitus ignotos, *l.11. C. hoc tit.* modò ne ex alio capite ſint incapaces, puta quia peregrini aut ἀπόλιδες, *l. 1. C. eod.*

Peregrinantes] Cujac. & Hot. dictione diviſa, *peregrinatos*, nec aliter Theod.

COMMENTARIUS.

1 *Moribus multorum locorum nunc ad ſubſtantiam teſtamenti hæredis inſtitutionem non deſiderari: quibuſdam in locis ne locum quidem habere.*

ETiam qui nobis ignoti ſunt, hæredes à nobis inſtitui poſſunt, modò ne ex alio capite ſint incapaces, puta quia peregrini, *l. extraneum C. hoc tit. l. quidam 46. eod.* Poterat duplex hic eſſe dubitandi cauſa, tum quòd certum eſſe debet conſilium teſtatoris, certaque perſona inſtituti, *Ulp. tit. 22. §.3.* tum quòd eos ferè hæredes inſtituere ſolemus, quorum merita affectionem noſtrā provocaverunt, *l.9. pro ſoc.* Verùm enim verò ubi teſtatoris voluntas in perſonam aliquam certam deſtinata eſt, incertum ejus conſilium incertave inſtituti perſona dici nequit, licet circa accidentia perſonæ, puta nomen, faciem, incertitudo ſit: & poteſt quis etiam erga ignotum ita affectus eſſe, ut optimè ei velit, vel propter ſanguinis neceſſitudinem, ut in exemplo propoſito, vel propter famam virtutis eruditioniſve.

Peregrinantes] Peregrini, non peregrinantes, hæredes inſtitui vetantur, *l. 1. C. hoc tit.* Notiſſima autem eſt inter hæc duo differentia: peregrini enim civibus opponuntur. Jam verò Romani privato jure conſtituerunt, ne quiſquam, qui civis non ſit, jus capiendę hęreditatis habeat. Qui autem ex civibus peregrinantur, hoc eſt, peregrè degunt, extra patriam ſuam in peregrinis regionibus verſantur, ſtudiorum fortè aut quæſtus gratia, vel ut diverſos hominum mores cognoſcant, urbeſve videant opulentas, cùm hi cives eſſe non deſinãt, nulla ratio eſt, cur non à ſuis dominis hæredes inſtitui poſſint, licèt de facie teſta-

Digitized by Google

teſtatori noti non ſint. Cujacius legit *peregrinatos*, dictione diviſa; quomodò in omnibus quoque libris manuſcripris legi teſtatur Hotomannus, quos quidem videre illi contigit: aitque, cùm iſta lectione conſentire & Theophilum: quo tamen nomine reprehenditur à Bachovio, quaſi lectori imponat, cùm etiam Theophilus habeat, ἐπὶ ξένης διάγοντα. Verùm ſi bona fide agit Bachovius, neceſſe eſt, valdè oſcitanter Theophilum ab eo inſpectum eſſe: quippe cùm Theophilus non proponat fratrem ipſum ἐπὶ ξένης διάγοντα, hæredem inſtitutum, ſed liberos ex fratre, eùm
1 peregrè ageret, procreatos. Multorum locorum legibus aut moribus nuncita comparatum eſt, ut hęredis inſtitutio ad ſubſtantiam teſtamenti non videatur neceſſaria, quo ſenſu hodie teſtamenta appellamus; nam & id teſtamentum dicitur, in quo relictis tantùm legatis nulla hæredis inſtitutio facta eſt, *Ioan. del. Caſtell. Sotomayor tract. de uſufr. c. 60.* Quin etiam ſecundùm quarumdam civitatum leges ne locum quidem in teſtamentis habet hæredis inſtitutio. Sic enim dictant leges Pariſienſium, Aurelianenſium, Gandavenſium, Cortracenſium, &c. quod tamen ita paſſim accipitur, ut ſi hæres inſtitutus ſit, pro legatario tantùm is habeatur. *D. Guedelin. lib. 2. de jur. Nov. c. 5. D. Chriſten. vol. 1. deciſ. 247. num. 8. & deciſ. 305. num. 17. & ſeqq.*

TITULUS XV.
DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Dig. Lib. 27. Tit. 6. C. Lib. 6. Tit. 25. & 26.

1 *Ratio ordinis: ſimul quàm variè verbum ſubſtitutionis à noſtris uſurpetur.*
2 *Diviſio ſubſtitutionis in directam & fideicommiſſariam: ac utriuſque ſpeciei explicatio.*
3 *Nomine ſubſtitutionis ſimpliciter poſito intelligi directam: quæ & perfectiùs definitur.*
4 *Vulgatæ diviſiones ſubſtitutionis notantur: oſtenditurque, commodiſſimè eam dividi in duo genera dumtaxat.*
5 *Summa eorum, quæ hoc tit. explicantur.*

POſtquàm ea omnia Princeps tradidit, quæ ad teſtamenta rectè ordinanda & hæredum inſtitutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinùs diſputaret, quibus modis teſtamenta rectè ab initio ordinata poſteà infirmentur: cæterum cùm teſtatori permiſſum ſit non tantùm hæredem teſtamento inſtituere, ſed etiam in locum deficientis hæredis inſtituti alios hæredes ſubſtituere, ut primo gradu deficiente ſaltem ex ſecundo hæredem teſtamentarium habeat; nonnunquam & cum ſibi fecit, ſimul alii teſtamentum & hæredem facere; hanc partem, quę ſubſtitutiones continet, priùs exequendam putavit. Quid in genere ſit ſubſtitutio, vix commodè una generali definitione explicari poteſt: utuntur enim ea voce juris auctores non tantùm cùm loquuntur de inſtitutione ſecundi hæredis, verùm etiam cùm de ſecunda datione legati, *l. 6. Cod. de legat.* item cùm agunt de fideicommiſſis tum hæreditatis tum rerum ſingularum, ut videre eſt *in l. cohæredi 41. §. 3. hoc tit. de vulg. & pup. l. cum proponebatur 64. l. cum pater 77. §. pen. l. Titia 87. §. 2. legat. 2. l. hæredes 57. §. 1. & 2. ad ſen. Treb. l. 14. C. de fideic. l. 6. C. de inſt. & ſubſt.* Atque hinc vulgò
2 ſubſtitutio dividitur in directam & fideicommiſſariam. Directa eſt, quæ fit verbis directis & civilibus; vel hæredem hæredi ſubſtituendo, veluti, *Titius hæres eſto: ſi Titius hæres non erit, Sejus hæres eſto*: vel legatarium legatario; veluti, *Titio fundum Cornelianum do, lego: Si Titio fundum, quem ei legavi, non ceperit, eumdem fundum Sejo do, lego l. ut hæredibus 50. de legat. 2.* Nam hæc quoque directa ſubſtitutio eſt, & ideò legatum agnoſcente primo legatario evaneſcit, *l. 6. C. de legat.* Fidei commiſſaria eſt, quæ fit verbis precariis, cum ſcilicet teſtator vel hæredem inſtitutum rogat, ut hæreditatem partemve hæreditatis aut rem aliquam alteri reſtituat; vel legatarium, aut fideicommiſſarium, ut reſtituant, quod iis relictum eſt. Fideicommiſſariæ ſubſtitutionis mentio fit cum alibi, tum in locis iſtis omnibus, quos modò allegavi; directæ, directis & civilibus verbis factę *in l. 7. l. 15. hoc tit. l. 5. l. 7. C. de impub. & al. ſubſt. l. 14. C. de fidei com. §. pen. infr. de codicill.* Neque tamen venditare velim hanc diviſionem ut perfectam; accipiatur ſaltem ut generis πρὸς ἕν, & eò pertineat, ut varium vocis uſum, quem in jure habet, intelligamus. Illud equidem certum eſt, nomen ſubſtitu- 3
tionis ſimpliciter poſitum in uſu juris (ſive propriè ſive per excellentiam) ſolam denotare ſubſtitutionem directam, atque eam, qua hæres hæredi ſubſtituitur; unde paſſim videmus, ſubſtitutionem opponi fideicommiſſis, *l. 6. §. Titius 5. ad ſen. Treb. l. tutores 39. §. 3. de adm. tut. l. cum pater. 77. §. volo 13. de legat. 2.* cum ſimilibus quorum etiam tractatio proprium locum atque hinc ſatis longè remotum occupavit circa finem hujus libri: *in* Pand. *lib. 36.* cùm de ſubſtitutionibus agatur *lib. 28.* Igitur quod ad propoſitum attinet, ſi quęratur, quid ſit ſubſtitutio, ea ſic licet definiatur; Subſtitutio eſt ſecundo vel ulteriore gradu facta inſtitutio: vel breviùs & ſimpliciùs, eſt ſecundi hæredis inſtitutio, *l. 1. l. ex facto 43. Lucius 2. in fin. hoc tit.* Nam omnem ſubſtitutum veteres ſecundum hęredem vocant, licèt longa ſerie ſubſtitutio facta ſit, & quis tertio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove ſcriptus reperiatur; habito ſcilicet reſpectu non ad ordinem ſcriptu-

ſæ,

ræ, ſed ſucceſſionis: & quia omnis ſubſtitutus collatus cum eo, cui ſubſtituitur, & ex cujus perſonæ relatione nomen ſubſtituti accipit, ſemper ſecundus eſt. Vulgò hæc ratio aſſertur, quia omnis inſtitutio, quæ fit poſt primam, & in locum primi hæredis deficientis, rectè dicitur ſecunda, quemadmodum ſecundæ nuptiæ dicuntur, quæcumque contrahuntur poſt primas.
4 Species ſubſtitutionis alii plures, alii pauciores faciunt. Doctores communiter quinque, vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam, & compendioſam. Exemplarem vocant ſubſtitutionem mente capti: breviloquam, quam alii meliùs reciprocam, cum hæredes inſtituti invicem ſubſtituuntur: compendioſam, quæ verborum hoc compendio, *Quandocumque deceſſeris*, comprehendit plures inſtitutionum ſpecies, plures caſus & tempora; veluti ſi pater ad eum modum ſubſtituerit filio impuberi, continebitur hic & vulgaris & pupillaris, & ſi fortè filius mente captus ſit, etiam exemplaris; poſtremò militaris quoque privilegiata, ſi miles ſit, qui ſubſtituit, *Gomez 1. reſol. 7. & 8. Graſſ. §. ſubſtitutio qu. 3. q. 51. & multis ſeqq. Sichard. in l. 8. C. hoc tit. Ant. Merend 4. cont. 6.* Duarenus autem ad hunc *tit. cap. 3. & Soar. ad Gomez 1. reſol. 3.* ponunt haſce quatuor, vulgarem, pupillarem, quaſi pupillarem, & militarem, rejectis breviloqua & compendioſa, ut modis ſubſtituendi, non ſpeciebus ſubſtitutionis. Longè rectiùs noſtro quidem judicio *Vigl. Mynſ. Hotom. hic. Donel. 6. com. 23:* duas dumtaxat ſpecies ſtatuunt, vulgarem & pupillarem, ad quarum alter utram formas omnes ſubſtituendi referunt, & ſpecies revocant. Etenim ſi genera ſubſtitutionum à caſuum differentiis diſtinguenda ſunt, plura poni non debent, quàm duo; ſicut nec plures ſunt caſus, in quos fit ſubſtitutio, quàm hi duo; unus, ſi inſtitutus hæres non erit, qui caſus primus dicitur, & eſt conditio vulgaris ſubſtitutionis; alter, ſi hæres erit, qui ſecundus, & proprius pupillaris, *l. 4. l. Lucius 45. h. t. l. 8. C. eod.* poteſtque ſubſtitutio exemplaris, quam vocant, ἀναλόγως referri ad pupillarem, & commodiore nomine appellari quaſi pupillaris, de qua agitur *§. 1. tit. ſeq.* Compendioſa & reciproca diverſas ſubſtituendi formulas denotant, conceptas ſemper in primum vel ſecundum aut utrumque caſum. Quòd autem miles filio puberi vel etiam extraneo in ſecundum quoque caſum directò ſubſtituere poteſt, abnorme atque ex privilegio eſt; neque ob id neceſſe eſt ſeparatam ſpeciem cõſtituere. Cæterũ nec hæc ipſa bipartita diviſio alia eſt, quàm generis homonymi: quippe ſola vulgaris ſubſtitutio, propriè ſubſtitutio eſt, pupillaris non tam ſubſtitutio, quàm inſtitutio prima, utpotè per quam ſubſtitutus non teſtatori ſuccedit & gradu ſecundo, ſed pupillo & gradu primo tanquam ab ipſo primo loco inſtitutus, *Ant. Mered. 4. contr. 6. n. 12. &* 13. Obtinuit tamen, ut & hæc diceretur ſubſtitutio, quia ſecundo loco fieri debet poſt inſtitutum patri hæredem, ut declarat *Ulp. l. 2. in fin. hoc tit.* ſive quia ſubſtitutio impuberis pars eſt & ſequela teſtamenti paterni, *§. liberis 5. tit. ſeq.* Hæc ſtudioſis juris præmonſtrare operæ duxi, ne doctorum ſcripta adeuntes in veſtibulo hærerent aut offenderent. Præſenti in titulo agitur de ſubſtitutione vulgari, paucis ſanè & parcè pro materiæ amplitudine & ſubtilitate. Proponuntur primò formulæ ſive modi aliquot vulgariter ſubſtituendi; poſt aliquid aſpergitur de effectu, ut ſciamus quas in partes, nullis ſubſtitutioni adſcriptis, ſubſtituti vocati intelligantur, & quatenus extendenda ſubſtitutio. Dicitur vulgaris à vulgari & uſitato ſubſtituendi modo, vel quia vulgò & promiſcuè omnibus hæredibus à quovis teſtatore fieri poteſt. Quid ea ſit, jam pœnè cognitum habemus, mox autem certiùs intelligetur expoſito caſu & vi conditionis hujus ſubſtitutionis propriæ.

TEXTUS.

De pluribus gradibus hæredum.

Poteſt autem quis in teſtamento ſuo plures gradus hæredum facere; ut puta: SI ille hæres non erit, ille hæres eſto. *Et deinceps, in quantum velit teſtator ſubſtituere poteſt, ut noviſſimo loco in ſubſidium vel ſervum neceſſarium hæredem inſtituere poſſit.*

NOTÆ.

Subſtitutione] Subſtitutio eſt ſecundi vel ulterioris hæredis inſtitutio, *l. 1. hoc tit.* Eſt autem duplex, una vulgaris, quæ cuivis à quovis teſtatore fieri poteſt in hunc caſum, ſi priore gradu inſtitutus hæres non erit: altera pupillaris, quæ à parentibus fit liberis impuberibus, quos in poteſtate habent, in caſum contrarium, ſi filius inſtitutus hæres erit, & intra pubertatem deceſſerit; ad quam ſpeciem ἀναλόγως referri poteſt & illa mente capti, de qua *§. 1. tit. ſeq.* fideicommiſſariæ ſubſtitutiones huc non pertinent: de quibus *inf. tit. 23.*

Noviſſimo loco in ſubſidium] Defunctorum intereſt, ut habeant ſucceſſores, *l. 6. de interr. in jur. fac.*

COMMENTARIUS.

1 *Subſtitutionem in codicillis factam ſuſtine[illegible] vim fideicommiſſi.*
2 *Gradus hæredum non ex ſcripturæ ordine; ſed ex ſucceſſionis ſerie, quam teſtator fecerit, æſtimari.*
3 *Conditionem hanc,* ſi hæres non erit, *continere & caſum impotentiæ & voluntatis: & an uno horum expreſſo contineatur & alter.*
4 *Conditionem,* ſi hæres non erit, *diverſimodè accipi pro diverſa qualitate hæredum & perſonæ inſtituti.*
5 *Suum hæredem, accepto vulgari ſubſtituto, ex neceſſario fieri voluntarium; ſalva tamen qualitate ſui hæredis.*
6 *Subſtitutionem vulgarem in ſuo hærede non operari*

Digitized by Google

rari in caſum impotentiæ; ſed noluntatis & abſtinentiæ.

IN *teſtamento*] Rectè *in teſtamento*, ut & Marcian. *l.poteſt.36.eod.* unde hæc deſcripta: nam in codicillis ut inſtitui hæres non poteſt, ita nec ſubſtitui; ſiquidem & ſubſtiturio inſtitutio eſt,& utroque modo hæreditas directo datur; quod in codicillis non licet, *§. pen. inf. de codicill. l.quod*
1 *per manus de jur. eod.* Sciendum tamen eſt, etſi ſubſtitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione ſuſtineri in vim fideicommiſſi, quaſi hæredes legitimi rogati videantur heręditatem ſubſtituto reſtituere. Sententia communis & uſu recepta non Doctorum tantùm auctoritate, verùm etiam legum, *l.Scævola 76. ad ſen. Trebell. l. illud 13. §. 1. de jur. Cod. l.ult. §. 1. C. eod.* Atque hanc tandem etiam, cùm in contrarium multa diſputaſſet, amplectitur D. Viglius, & pro axiomate quodam eſſe jubet, multarum quæſtionum arbitro.

Plures gradus hæredum] Hinc eſt, plures hæredum ordines, ut alii ſcribantur primo, alii ſecundo, alii loco tertio,& ita deinceps, *l.2. §. de-*
2 *fertur,4.de bon. poſſ. ſec.tab.* In qua dinumeratione non ſcripturæ ordo, ſed ſucceſſionis ſpectari debet; ut ecce,in hac formula, *Titius hæres eſto, ſi Sejus hæres non erit. Sejus hæres eſto.* Sejus,qui ordine ſcripturæ ſecundus eſt, gradu & ordine delatæ hæreditatis eſt primus, Titius ſecundus, ac proinde ſubſtitutus, *l.ſi ita 28. de hær. inſt.l.2. §. pen. & ult. hoc tit.* Nec verò etiam cohæredis adjectio gradum facit, ſed omnes cohæredes uno eodemque gradu habentur, & ideò ſimul ad ſucceſſionem ex teſtamento admittuntur, quemadmodum ad ſucceſſionem ab inteſtato vocantur omnes,qui eodem gradu cognationis ſunt. Ubi autem gradus à teſtatore facti ſunt, tum ſcripti impediuntur ſimul hæredes eſſe, *l. cum in teſtamento 37. de hær. inſt.* nec ſubſtituto locus eſt, quamdiu admitti poteſt prior hæres inſtitutus, *l.3.quamdiu 79. de acq. hær.* idque omnino poſtulat ordo graduum pro affectu erga hæredes à teſtatore deſcriptus, apud quem ut priore amoris gradu inſtitutos eſſe apparet, quàm ſubſtitutos, ita dubium non eſt, quin ad illos malit, quàm ad hos hæreditatem ſuam pervenire.

Si hæres non erit] Hic caſus primus dicitur, & eſt conditio vulgaris ſubſtitutionis propria. Non ſemper autem hic caſus plena oratione exprimitur, ut ſit hoc loco; ſed ſæpè uno verbo ſubſtituendi ſignificatur, ut ſi teſtator ita dicat, *Titio Mævium ſubſtituo*; ut pluribus inſtitutis,ita: *Eoſque invicem ſubſtituo*. Caſus autem iſte: *Si hæres non erit*, generalis eſt, continens in ſe & caſum
3 noluntatis,ut loquuntur, *ſi hæres eſſe nolit*; & impotentiæ, *ſi non potuerit hæres eſſe,fac. ſi quis 56. ſol.matrim.* Uterque caſus ſpeciatim exprimitur, *l.3.C. de hær. inſtit.* Sub caſu impotentiæ iterum ſunt inferiores & veluti ſpecies infimæ, veluti, *ſi mortuus ſit, ſi deportatus*. Quorum omnium cùm ſit diverſa ratio,non facilè admittēdum eſt,quod ex communi DD.ſententia Gomez, *1.var.reſol.3. num.10.* refert & probat, uno caſu ſpeciali expreſſo,aut noluntatis dumtaxat, aut impotentiæ, alterum interpretatione ſupplendum eſſe; & perinde habendum, ac ſi uterque expreſſus eſſet: & manifeſtè obſtat huic ſententiæ *leg.10.de lib. & poſt.* Sanè non dixerim, eum,qui expreſsè & ſpecialiter ſubſtitutus eſt in caſum deportationis hæredis inſtituti, intelligi debere etiam ſubſtitutum in caſum mortis. Quòd autem in inſtitutione nepotis Aquiliani caſus mortis per interpretationem producitur ad caſum deportationis & ſimilium, mirum non eſt: quoniam omnium ex ſententia Galli eadem ratio eſt, *l.Gallus 29.§.& quid.5. d. tit.* Idemque reſponderi poteſt de ſubſtitutione facta impuberi filio, in qua placet caſum primum ſeu vulgarem expreſſum extendi etiam ad alterum ſeu pupillarem non expreſſum; & contra: nimirum ſumptum hoc ex conjectura voluntatis, ut pluribus docebimus *tit.ſeq.* quamquam non tam prudentū interpretatio hoc jus introduxit, quàm ſpecialis conſtitutio D. Marci *l. 4. hoc tit. add. Cujac. ad d.l.10. delib. &*
poſt. Duar.c.9.hoc tit. Porrò conditio hæc, *Si hæres non erit*,pro diverſa qualitate hęredum perſonæque inſtituti & ipſa diverſimodè accipitur. In 4
extraneo hærede,qui ſui juris ſit,hoc ſignificat,ſi neque ſibi hæreditatem acquiſierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejuſdem qualitatis hærede, qui alieno juri ſubjectus eſt, eodem ſermone hoc ſignificatur, ſi neque ipſe hæres erit, neque hæreditatem ei, cujus in poteſtate eſt,acquiſierit, *§.ult. infr. eod.* ubi hac de re latiùs atque ex profeſſo. In ſuo hærede eadem formula hoc ſignificat, ſi ſe paterna hæreditate abſtinuerit,ſi cum effectu hæres non extiterit, eò quòd ſe bonis paternis immiſcere noluerit. Nam etſi ſuus hæres ipſo jure hęres exiſtit,& ideò non eſſe ſine hærede dicitur,qui ſuum hæredem,licèt ſe abſtinentem, habet, *l. cum quaſi 30. §. ſed & ſi 10. de fideicom. libert.* cujus rei notabilis effectus indicatur in ſpecie *l. ult. de acq. hær.* tamen cum de excludendo ſubſtituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi hæres non erit*, ex voluntate ſubſtituentis, quam jus civile hic ſequitur & approbat, non nuda iſta exiſtentia, ſed immixtio filii cum aditione hæredis extranei comparanda eſt: alioqui ne ſubſtitui quidem filio in iſtum caſum poſſet, nam ſi nullo modo efficere filius poteſt, ut non ſit hæres, fruſtra ei ſubſtitutus datur in eum caſum, quo hęres non ſit,quo procul dubio continetur etiam
caſus noluntatis. Ac dicendum omnino videtur 5
ſuum hæredem, qui in vulgarem caſum ſubſtitutum accepit, ex neceſſario hærede fieri voluntarium,& id quidem ex ratione ipſius juris civilis, quo ſcilicet patri permiſſum neceſſitatem iſtam ut in ſuum ſolius favorem introductam remittere, & quam etiam tacitè remiſiſſe intelligatur, dato filio in vulgarem caſum ſubſtituto, ut quod aliàs filius non habuiſſet, niſi jure prætorio, abſtinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure

pro-

Digitized by Google

proprio acceptum à patre, ac proinde jure civili: *per l. 12. de conſt. inſt. l. jam dubitari 86. de hæred. inſt.* Doctores vulgò contendunt, per vulgarem ſubſtitutionem in totum tolli jus ſuitatis, *arg. d. l. 12. & l. 16. de lib. & poſt. Graff. §. ſubſtitutio. quæſt. 9. num. 3.* ſed hoc nullo modo admitti poteſt: alioqui nec in pupillari ſubſtitutione expreſſa unquam ineſſe poſſet vulgaris, nec in vulgari pupillaris; & tranſmiſſio, quæ ſolius ſuitatis ante legem Theodoſii effectus erat, per vulgarem ſubſtitutionem eo tempore fuiſſet impedita: quæ omnia falſa ſunt, priora duo manifeſtè, tertium *arg. l. un. §. 5. & §. cum autem 13. C. de cad. toll.* ubi Juſtinianus demum ſubſtitutum vult admitti, cum deſunt perſonæ, quæ hæreditatem non aditam tranſmittunt, ex lege Theodoſii, quæ unica eſt ſub *tit. C. de his qui ante ap. tab. hær. tranſm.* Nimirum jus tranſmittendi, quod ſoli antea ſui hæredes & ſimpliciter habebant, etiam in caſu ſubſtituti extendens ad perſonas d. lege Theodoſii comprehenſas. Et verò, quod omnino conſiderandum, in perſona ſui hæredis duæ hæ ſunt qualitates diverſæ, neceſſarium eſſe & ſuum eſſe, quarum hac ſalva, aut ſaltem vulnerata tantùm, illa tolli poteſt, uti factum videmus edicto prætoris, quo manente ſuitate data
6 eſt abſtinendi poteſtas. Concludendum ergo, ſubſtitutionem vulgarem in ſuo hærede non operari in caſum & ſpeciem impotentiæ, ſed in caſum voluntatis & abſtinentiæ dumtaxat: utique ſi filius patri ſuperſtes fuerit: nam ſi is vivo adhuc patre deceſſerit, nullis liberis relictis, qui quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpant; dubium non eſt, quin ſubſtitutioni locus ſit, *Zaſ. tract. ſuſt. cap. 1. in quarto effectu, Gomez. 1. reſ. 3. n. 15. 16. & 24. Bachov. in Treutl. vol. diſp. 11. Theſ. 7. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 16. num. 4. D. Io. à Sande lib. 4. tit. 3.* Illud quoque mihi planè perſuadeo, abſtinente filio ſuo hærede, ſubſtitutum hæredem fieri jure civili, hoc eſt, directo ex ſubſtitutione venire, & hæreditatem adire poſſe ex vi formulæ, *Si filius mihi hæres non erit, Cempronius hæres eſto*; quamvis hoc non placeat Anton. Fabro, qui ſubſtitutum non ipſo jure hæredem fieri, ſed à prætore tantùm ad bona admitti contendit, *decad. 32. err. 7.*

Noviſſimo loco ſervum neceſſarium] Qui omnino legitimas ſucceſſiones impedire atque in omnem caſum ſibi vult proſpicere, ne inteſtati exitum faciat, is poterit in defectum priorum ſervum ſuum poſtremo loco inſtituere hæredem neceſſarium: quod illi quoque facere ſolent, quibus facultates ſuæ ſuſpectæ ſunt, ut auctionis infamiam, quam metuunt deficientibus voluntariis hæredibus, modis omnibus à ſe avertant, & quod in alios non potuerunt, in ſervos tandem transferant, *§. 1. infr. de hæred. qual.* Quid ſi ſervus non loco noviſſimo, ſed intermedio ſubſtitutus ſit, aut ipſi primo inſtituto ſubſtitutus datus? Putarem contra Vigilum cum Jo. Fabro, defendi poſſe, dominum videri ſervo remiſiſſe adeundi neceſſitatem, dando ei ſubſtitutum in eum caſum, quo hæres non eſſet, utiq; ſi ſubſtitutus hereditatem adire paratus ſit, *arg. l. 12. de cond. inſt.*

Textus.

De numero hæredum in ſingulis gradibus.

1. *Et plures in unius locum poſſunt ſubſtitui, vel unus in plurium, vel ſinguli in ſingulorum, vel invicem ipſi, qui hæredes inſtituti ſunt.*

Commentarius.

Complures ſunt formæ ſubſtituendi. Subſtituuntur vel extranei, vel ipſi hæredes inſtituti. Prior ſpecies variatur quatuor modis; nam & ſinguli ſingulis, & plures pluribus, & plures uni, & pluribus unus ſubſtitui poteſt. Secundus modus, hoc loco, & apud Marcianum, *l. poteſt. 36. §. 1. eod.* omiſſus eſt fortè de induſtria, quia eadem illius, quæ primi, ratio eſt. Illud autem in his omnibus tenendum, ut ſubſtitutis locus fiat, neceſsè eſſe, ut antea primo gradu inſtituti defecerint, quocumque caſu ex ſuperioribus modis ſubſtitutio facta proponatur: hoc enim perpetuò exigit natura & ratio ſubſtitutionis, adeò ut nulla etiam videatur eſſe cauſa dubitandi, ne in poſtremo quidem caſu, ubi unus pluribus ſubſtitutus ſit: Nam qui ita loquitur, *Octavius & Nonius hæredes ſunto: ſi non erunt, Decius eſto:* is utique apertè ſignificat, ſe velle, inſtitutos & ambos & ſingulos ſubſtituto præferri, atque hunc non aliter admitti, quàm ſi neuter illorum hæres fuerit; quod ipſum diſertè quoque traditum eſt *l. 4. C. de impub. & al. ſubſt.* Quare vix eſt, ut credam, apud veteres juris auctores de eo dubitatum fuiſſe, quamvis id perſuaſum fuerit Juſtiniano, *l. pæn. C. d. tit.*

Vel invicem ipſi] *L. cum in teſtamento 37. §. 1. de hær. inſt.* Hæc eſt ſubſtitutio, quam Modeſtinus reciprocam vocat, *l. 4. §. 1. hoc tit.* Papinianus mutuam, *l. cum proponebatur 64. de legat. 2.* exemplum extat apud Svetonium *in Tyberio c. ult.* Doctores vulgò appellant breviloquam, vocabulo non ſatis rei conveniente; neque enim ex verborum brevitate æſtimatur, ſed ex reciprocatione formulæ, quam nihil prohibet longiore oratione concipere, ut fecit Theophilus, & notavit D. Viglius. Modus autem ſubſtituendi eſt non ſpecies ſubſtitutionis, ut ſuperiùs diximus, & pupillari quoque convenit, *d. l. 4. §. 1. hoc tit.*

Textus.

Quam partem ſinguli ſubſtituti accipiant, ſi partes in ſubſtitutione expreſſæ non ſint.

2. *Et ſi ex diſparibus partibus hæredes ſcriptos invicem ſubſtituerit, & nullam mentionem partium in ſubſtitutione habuerit, eas videtur in ſubſtitutione partes dediſſe, quas inſtitutione expreſſit: & ita divus Pius reſcripſit.*

NOTÆ.

2. *Ex diſparibus partibus*] Species. *Octavius ex uncia hæres eſto, Nonius ex beſſe, Decius ex quadrante; eoſque invicem ſubſtituo.* Hic repudiante Decio dividetur quadrans in novem partes, ex quibus octo feret Nonius, unam Octavius, *l. 24. eod.* Malè exemplum poſuit Th. in duobus hæredibus invicem ſubſtitutis: verum tamen eſt quod dicit, & malè carpitur à Pac.

In inſtitutione expreſſit] Quia non eſt veriſimile teſtatorem plures eos feciſſe, cùm ſubſtitueret, quàm cum inſtitueret, fac. *l. 74. de leg. 1.* Vide plura in comm.

D. Pius reſcripſit] *l. 1. Cod. eod.* congruunt *l. 5. & d. l. 25. D. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Hæredes ex imparibus partibus inſtitutos, atque invicem ſimpliciter ſubſtitutos, ex ſubſtitutione in partes hæreditarias vocatos intelligi: & quomodò hæc regula temperanda, n. 2.*

PLuribus hæredibus etiam ex certis partibus inſtitutis, ſi unus ſimpliciter ſubſtitutus fuerit, hic illis deficientibus totum aſſem ex ſubſtitutione feret: ſi plures pluribus eodem modo ſubſtituti, ſinguli ex partibus æqualibus hæredes erunt, licèt inæquales adſcriptæ ſint inſtitutis, quippe cum hic diſcerni non poſſit, quis cui ſubſtitutus ſit. At ſi ſinguli ſingulis, tum eam quiſque partem habebit, quæ adſcripta primo, cui ſubſtitutus eſt. Dubium quoque non habet, ſi teſtator hæredes inſtitutos mutuò ſubſtituens in ſubſtitu-
1 tione eaſdem partes nominatim ſervari voluit quas in inſtitutione expreſſit, aut ſi alias partes in ſubſtitutione fecit, quin volūtas ſervanda ſit. Sed hoc quæſitum eſt in ſubſtitutione reciproca, ſi teſtator hæredes ex imparibus partibus inſtitutos invicem ſimpliciter ſubſtituerit, hoc eſt, nullarum in ſubſtitutione partium mentione facta, utrùm in partes viriles, an in hæreditarias ex ſubſtitutione vocati intelligi debeant. Et D. Pius voluntatem teſtatoris in hac ſubſtitutione ſic interpretatus eſt, ut videatur teſtator eos vocaſſe in portiones hæreditarias, hoc eſt, ex iiſdem partibus ſubſtituiſſe, ex quibus inſtituti ſunt, *l. 5. l. ſi plures 24. hoc tit. l. 1. C. eod. & hoc text.* Optima ſanè ratione; neque enim veriſimile eſt teſtatorem pluries eos feciſſe in gradu ſecundo, quàm in primo; cùm ſubſtitueret, quàm cùm inſtitueret: ut proinde partes, quæ in inſtitutione expreſſæ ſunt, repetitæ videri debeant in ſubſtitutione: qua eadem ratione etiam legata ab inſtitutis relicta à ſubſtitutis repetita eſſe intelliguntur, *l. licet Imp. 74. de legat. 1.* & clauſula quoque ſive conditio in inſtitutione appoſita in ſubſtitutione repetita, utique ſi eadem ſit, aut par utrobique ratio, *arg. l. 14. de legat. 1. l. 1. C. de imp. & al. ſub. An. Fab. C. ſuo, tit. 7. defin. 3. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 13. num. 7.*

Invicem ſubſtituerit] In duobus hæredibus invicem ſubſtitutis huic quæſtioni locus eſſe non poteſt ſiquidem uno ex duobus deficiente, alterum ſemper, quod reliquum eſt, habere oportet & in ſolidum hæredem fieri. Sed minimum tres inſtitutos eoſque invicem ſubſtitutos ponamus neceſſe eſt; verbi cauſa, uti Ulpianus ſpeciem proponit, *d. l. 24. hoc tit.* ſi unus ex uncia, ſecundus ex beſſe, tertius ex quadrante ſit inſtitutus, repudiante tertio, in novem partes dividetur quadrans, feretque octo partes, qui ex beſſe inſtitutus eſt, unam partem, qui ſcriptus ex uncia. Manifeſtū igitur eſt, malè omnino Theophilum hunc locum interpretatum eſſe, cum in duobus inſtitutis invicemque ſubſtitutis exemplum poſuit.

Quas in inſtitutione expreſſit] *Ulp. d. l. 24.* hoc
ſic temperat, *niſi alia mens fuerit teſtatoris*. Quibus verbis interpretes denotari & excipi putant 2
etiam caſum, quo non ſimpliciter & tribus verbis omnes invicem ſubſtituuntur, aut quidam ſub appellatione hæredum alicui ex cohæredibus, puta hoc modo, *Si Titius hæres non erit, quiſquis erit, ex parte quoque Titii eſto*: aut, *Cæteri quos primo loco ſcripſi, ſunto*: ſed repetitis in ſubſtitutione propriis ſingulorum nominibus, veluti hoc modo, *Titius ex quincunce, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante hæredes ſunto. Si Titius hæres non erit, Mævius & Sempronius ex parte quoque Titii hæredes ſunto*. Hic ſecundùm communem ſententiam Mævius & Sempronius in portione deficientis Titii viriles, hoc eſt, æquales non hæreditarias partes habebunt; idque ex non obſcura voluntate teſtatoris, qui in ſubſtitutione propria cujuſcumque nomina repetens, jam non ad partes in inſtitutione datas, ſed ad perſonas & numerum ſubſtitutorum ſubſtitutionem retuliſſe dicendus ſit, *arg. l. nonnunquam 24. ad ſen. Treb. l. ſi hæredes 12. de leg. 1. l. ſi communes 37. de ſtip. ſerv.* Atque hanc ſententiam etiam D. Viglius probat, ac præceptori ſuo D. Franciſco Curtio cui ea diſplicebat, propterea quòd Juriſconſultus in *d. l. 24. hoc tit.* requirit voluntatem evidenter expreſſam, reſpondet, expreſſionem propriorum nominum ex interpretatione prudentum vim expreſſæ voluntatis in hujuſmodi quæſtionibus habere. Idem probandum eſt, ſi teſtator æquale onus ſubſtitutis impoſuit, *per l. quoties 23. ad ſen. Treb. Greſſ. in l. 1. C. de imp. & al. ſubſt. Gomez. 1. reſ. 5. n. 20. D. Tulden. comm. hoc, cap. 2. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 13. n. 7.*

TEXTUS.

Si cohæredi ſubſtituto alius ſubſtituatur.

3. *Sed ſi inſtituto hæredi, cohærede ſubſtituto dato, alius ei ſubſtitutus fuerit; divi Severus & Antoninus ſine diſtinctione reſcripſerunt, ad utramque partem ſubſtitutum admitti.*

No-

Digitized by Google

Notæ.

3. *Sed ſi inſtituto hæredi*] Species: *Primus & Secundus hæredes ſunto; Si P. hæres non erit, S. hæres eſto: ſi S. hæres non erit, Tertius hæres eſto*: verius eſt, in utramque partem hic Tertium ſubſtitutum eſſe, *l. 27. 41. eod.* ex quo jure hæc regula fiat: *Subſtitutus ſubſtituto intelligitur etiam ſubſtitutus inſtituto.*

Sine diſtinctione] Id eſt ſine diſtinctione mortis & ſcripturæ, ut nihil interſit, prior ſubſtitutus poſt inſtitutum, an ante deceſſerit; nihil quoque utrùm ante primam ſubſtitutionem ſecunda facta ſit, an poſtea hoc modo: *Primus & Sec. hæredes ſunto: ſi S. hæres non erit, Tertius hæres eſto. Si P. hæres non erit, S. hæres eſto, l. 41. pr. eod.*

Commentarius.

1 *An in ſpecie hic propoſita utraque pars defecta jure ſubſtitutis ad ſec. ſubſtitutum pertineat.*

2 *Scævola cum Papiniano conciliatur.*

Si paterfa. Titio & Mævio hæredibus inſtitutis, Titium Mævio ſine reciprocatione ſubſtituerit, & Titio Sempronium, certum eſt, deficientis Titii partem non accreſcere Mævio cohæredi Titii, ſed ad Sempronium jure ſubſtitutionis pertinere: quippe cùm verba illa, *Si Titius hæres non erit*, generalia ſint, & utrumque caſum complectantur, ſive hæres non erit ex inſtitutione, ſive non erit ex ſubſtitutione. Cæterum hæc ſpecies huc non pertinet. Et malè Hotomanus tali exemplo uſus eſt ad hujus loci declarationem. Hic enim non tantùm quæritur de parte ejus, qui cohæredi ſuo ſubſtitutus alium ſubſtitutum accipit, ſed etiam de parte cohæredis, cui ille alius expreſsè ſubſtitutus non eſt, & nimirum ſi uterque defecerit, an pars utriuſque ad illum uni tantùm ſubſtitutum jure ſubſtitutionis pertineat. Quod hîc affirmatur, & in *l. ſi Titius 27. l. cohæredi 41. in pr. hoc tit.* Ex hoc igitur jure hæc regula fiat: *Subſtitutus ſubſtituto intelligitur etiam ſubſtitutus inſtituto.*

Sine diſtinctione ad utramque partem] Si ſcilicet neuter hæres extiterit. Videamus primum de partibus: deinde explicabimus, quid illud ſit, quod ait, ſine diſtinctione. De partibus dubitari poterat; non an ambæ ad ſubſtitutum pertineant, ſed an pertineant jure ſubſtitutionis, tanquam ad ſubſtitutum utrique. Nam ſi verbi cauſa Mævius, cui Titius cohæres & ſubſtitutus datus eſt, ante
1 Titium defecerit, Sempronius Titio ſubſtitutus deficiente deinde Titio, ad utramque quidem partem ſine dubio admittitur, ſed ideò ad partem quoque Mævii dixerit aliquis, non quòd huic quoque ſubſtitutus intelligatur; ſed quia vel deficientis Mævii pars Titio cohæredi, cui Sempronius ſubſtitutus, jam priùs accrevit; vel quia nunc ipſi accreſcit Sempronio. Verùm prius illud nullo modo dici poteſt, quia deficientium portiones non accreſcunt aliis, quàm qui ex ſua parte hæredes extiterunt, *l. un. §. his ita 10. C. de cad. toll.* unde portio portioni accreſcere dicitur inſtar alluvionis, *l. ſi Titio 33. in fin. de uſufruct.* Quòd ſi Titium hæredem extitiſſe ponimus, expiravit ſubſtitutio, *l. 5. C. de impub. & al. ſubſt.* Poſterius teſte Viglio viſum eſt nonnullis veterum interpretum, ut Dyno, Jo. Fabro, atque ex recentioribus Lancelloto Polito, qui, etſi dicatur Sempronius in utramque partem in ſpecie propoſita ſubſtitutus, neutiquam tamen dici poſſe contendit, revera ſubſtitutum eſſe Mævio. Sed meritò DD. communiter, quos & Viglius ſequitur, hoc improbant. Quæ enim poteſt eſſe dubitandi ratio, ſi dicamus, partem Mævii accreſcere Sempronio, cui etiam accreſceret, etſi Titius Mævio ſubſtitutus non eſſet? Et igitur aut fruſtra & ineptè talis caſus proponitur, quo Titius cohæredi ſubſtitutus eſt, aut hoc operabitur ſubſtitutio Titii, ut Titio ſubſtitutus etiam ei, cui Titius ſubſtitutus eſt, tacitè ſubſtitutus eſſe intelligi debeat. Atque hoc ipſum ſatis apertè docet hoc loco Juſtinianus, cum ait, ſubſtitutum ad utramque partem admitti; admitti videlicet eodem jure atque ex ſubſtitutione, de qua ſola hic diſputatur, & quia, ut disertè ait Juriſconſultus in *d. l. 27. hoc tit.* in utramque partem ſubſtitutus intelligitur. Sed quid refert, ex ſubſtitutione, an jure accreſcendi dicamus portionem etiam Mævii Sempronio deferri? Nihil quidem admodum in caſu propoſito. Sed finge, præter Titium & Mævium, Cajum quoque hæredem inſtitutum, hic jam Sempronio proderit, jure ſubſtitutionis deferri portionem Mævii, ut excludat Cajum, quem non excluderet in jure accreſcendi. Illud non animadverto, quomodò huic applicari poſſit, quod præterea Bachovius notat, jus accreſcendi ſequi hæredem ejus, qui portionem ſuam agnovit, quantumvis ante deceſſerit, quàm ipſi quicquam accreſceret; ſubſtitutionem autem ad hæredem non tranſmitti, *l. 9. de ſuis & leg. l. totiens 81. de acq. her.* Quid autem illud eſt, quod ait Imp.
ſine diſtinctione admitti? Nimirum hoc explican- 2
dum ex reſponſo Papiniani, *l. cohæredi 41. in pr. hoc tit.* Primum nihil intereſſe ratione ordinis ſcripturæ, utrùm ante primam ſubſtitutionem ſecunda facta ſit, an poſtea, veluti in hoc exemplo *Titius & Mævius hæredes ſunto: ſi Titius non erit, Sempronius eſto: Si Mævius non erit, Titius eſto.* Secundò nihil intereſſe, utrùm prior ſubſtitutus poſt inſtitutum, an ante deceſſerit. Sed hîc Papiniano objicitur Scævola, *l. qui habebat 47. eod.* Species, quam ibi Scævola proponit, eſt hujuſmodi; Qui filium & filiam impuberes habebat, inſtituto filio hærede filiam exhæredavit; & ſi filius intra pubertatem deceſſiſſet, filiam eidem ſubſtituit; filiæ, ſi antequàm nuberet, deceſſiſſet, uxorem ſuam, item ſororem. Et reſpondet, ſi filia impubes prior deceſſerit, deinde frater ejus impubes, hæreditatem filii ad uxorem & ſororem teſtatoris jure ſubſtitutionis non pertinere. Accurſius, quem bona pars DD. ſequitur, ait, Scævolam ſic reſpondiſſe, quia in caſu illic propoſito ſecun-

cunda ſubſtitutio jam extincta erat pubertate filiæ: ſic enim ille locum legit: *cum filia pubes prior deceſſerit*. Et quia ſciebat, apud alios legi *impubes* (quomodò textus quoque Piſanus & Noricus habent) notat, *olim impubes, nunc pubes*. Sed in tali caſu non debebat Juriſconſultus diſtinguere, cùm nec ſi poſt inſtitutum ſubſtitutus jam pubes & hæres factus deceſſerit, ex ſecunda ſubſtitutione quiſquam admitti poſſit. Bachov. putat, in pupillari ſubſtitutione diverſum jus eſſe, aut ſaltem in ſpecie *d. l. 47.* ubi pupillo non cohæres ſubſtituitur, ſed filia exhæredata, eamdem voluntatis interpretationem non admitti, ut ſcilicet ſubſtituti ſubſtitutæ videantur etiam ſubſtituti inſtituto. Atqui idem adhuc dicendum videtur favore pupilli, ad cujus utilitatem pertinere creditur, ne ſubſtitutum habeat, *l. Iulianus 42. de acq. hær.* Deinde ſi in pupillari ſubſtitutione alio jure utebantur, cur non ſimpliciter Juriſconſultus reſpondet, hæreditatem inſtituti jure ſubſtitutionis ex ſecūda ſubſtitutione non deferri? Niſi compoſitorum ſocordiæ adſcribendum, quòd reſponſum Scævolæ in Pandectas retulerint, cum reſcripto Imp. Severi & Antonini diſtinctio illa, qua Scævola utitur, ſublata eſſet, mallem cum Viglio dicere, Imperatorum reſcriptum loqui de duabus partibus unius hæreditatis, Scævolam reſpondiſſe de duobus hæreditatibus, ad quas reſcriptum iſtud temerè producendum non ſit, ſed in quibus vetus diſtinctio adhuc obtineat, utrùm prior ſubſtitutus ante, an poſt inſtitutum deceſſerit.

Textus.

Si quis ſervo, qui liber exiſtimabatur, inſtituto ſubſtitutus fuerit.

4. *Si ſervum alienum quis patremfamilias arbitratus hæredem ſcripſerit, & ſi hæres non eſſet, Mævium ei ſubſtituerit, iſque ſervus juſſu domini adierit hæreditatem, Mævius ſubſtitutus in partem admittitur. Illa enim verba*, Si hæres non erit, *in eo quidem, quem alieno juri ſubjectum eſſe teſtator ſcit, ſic accipiuntur*, Si neque ipſe hæres erit, neque alium hæredem effecerit; *in eo verò, quem patrem familias arbitratur, illud ſignificant*, ſi hæreditatem ſibi, vel ei, cujus juri poſteà ſubjectus eſſe cœperit, non acquiſierit. *Idque Tiberius Cæſar in perſona Parthenii ſervi ſui conſtituit.*

Notæ.

In partem admittitur] Th. τὸ ἥμισυ λαμβάνει, rectè: pars enim ἁπλῶς poſita dimidiam ſignificat, *l. 43. de uſufr. l. 164 §. d. verb. ſign.* In ſpecie *d. l. 40.* Sempronius cohæres ſervo ſubſtitutus fuit: & ideò unum ſemiſſem Sempronius habet ex inſtitutione, alter ſemis inter eum & dominum ſervi inſtituti dividitur, add. quæ ibi not. Gothofr.

Subjectum eſſe teſtator ſcit] Et hoc caſu in totum excluderetur ſubſtitutus, *l. 7. de acq. hær.* ſed in propoſito propter falſam opinionem & incertitudinem voluntatis teſtatoris media via electa eſt, ut aliàs ſæpè.

Tiberius Cæſar.] Pompon. *l. 41. de hær. inſt.*

Commentarius.

1. *Si filius fam. hæres inſtitutus ſit, eique, ſi hæres non eſſet, ſubſtitutus datus, utrùm repudiante filio pater, an ſubſtitutus admittendus.*
2. *Pleræque aliæ quæſtiones, quæ hic tractari ſolitæ, obiter excuſſæ & definitæ.*
3. *Utrùm in caſu hic propoſito inter dominum inſtituti & ſubſtitutum hæreditas ex æquo dividenda, an ſic, ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat ferat.*

In explicatione pr. hujus tit. diximus, hæc verba, *Si hæres non erit*, in perſona patrisfamil. ſignificare, ſi nec ipſe hæres erit, nec alium hæredem mutata poſteà conditione fecerit. In eo, qui alieno juri ſubjectus eſt, eodem ſermone hoc ſignificari, ſi vel ipſe hæres non erit, vel ei, cujus juri ſubjectus eſt, hæreditatem non acquiſierit. Et igitur ſi paterſam. hæres inſtitutus in eum caſum ſubſtitutum accepit, *Si hæres non erit*, iſque vel in eodem ſtatu manens ſibi hæreditatem acquiſierit, vel mutata ante teſtatoris mortem conditione, ſervus aut filiusfam. factus, dominum aut patrem hæredem fecerit, in ſolidum excludetur ſubſtitutus. Similiter ſi ſervus aut filiusfam. hæredes inſtituti, & in caſum, quo hæredes non erunt, ſubſtitutum acceperit, & aut ipſi mutata conditione ante mortem teſtatoris ſibi hæreditatem acquiſierint, aut in eo ſtatu manentes dominum aut patrem hæredes fecerint, ſubſtitutus itidem in totum repellitur, *l. ſi paterfam. 40. de hær. inſt. l. 7. de acq. hær. l. 5. C. de imp. & al. ſubſt. & hoc text.* Cæterum hoc ita, ſi teſtator non ignorabat, eum, quem hæredem inſtituit, in aliena eſſe poteſtate: nam ſi patremfam. eſſe putabat, qui ſervus alienus erat, hic propter falſam opinionem, & incertitudinem voluntatis teſtatoris media via electa eſt, ut ſubſtitutus cum domino ſervi in partem admittatur, *d. l. 40. & ſeq. de hær. inſt. & hoc* §. Nam ex ratione juris dominus ſolus admittendus videbatur, cum magis ſequendum id, quod in veritate eſt, quàm quod in opinione. Pro ſubſtituto autem facit præſumpta voluntas teſtatoris, qui non videtur domino conſulere voluiſſe, eum hæredem inſtituens, quem
ignorabat dominum habere. Quæſitum eſt, ſi 1
filiusfam. hæres inſtitutus, eique hac conditione, ſi hæres non foret, ſubſtitutus datus ſit, utrùm repudiante filio pater, an ſubſtitutus admittendus? Duarenus *in comm. ad hunc tit. c. 10.* pro patre reſpondet: Viglius ad *hunc* §. pro ſubſtituto. Ego cum Viglio cenſeo, ſubſtitutum patri præferendum, quippè cùm ille ex manifeſto judicio teſtatoris veniat, hic non item: tum etiam, quia repudiante filio exiſtit conditio ſubſtitutio-

nis,

Digitized by Google

nis, qui in extraneo hærede inſtituto, qui alieno juri ſubjectus eſt, hunc ſenſum habet, ſi neque ipſe hæres erit, neque enim, cujus in poteſtate eſt hæredem fecerit, quorum neutrum fit in propoſito, *l.3.C.de hær.inſt.* Ad hæc ſi cohæres filio datus repudiante filio patrem excludit, quantò magis ſubſtitutus? conſtat enim, jus ſubſtitutionis potentius eſſe jure accreſcendi, *l. 2. §. ſi duo. 8. de bon. poſſ.ſec.tab.* In contrarium movetur Duarenus his rationibus. Primùm quia Juſtinianus, *l. ult.§.2.C.de bon. quæ lib.* filio repudiante jus adeundi patri concedit, perinde ac ſi ipſe inſtitutus eſſet. Sed reſpondemus, conſtitutionem iſtam, ut exorbitantem, cancellis ſuis continendam, neque extendendam eſſe in præjudicium ejus, qui venit ex teſtatoris expreſſo judicio, ſubſtituti videlicet, quem utique magis teſtator dilexit, quàm patrem, cujus contemplatione inſtitutio facta non præſumitur, ſed amore filii dumtaxat. Conſervare quodammodò voluntatem defuncti voluit Juſtinianus, non evertere: & vulgatum eſt, proviſionem hominis facere, ut ceſſet proviſio legis: adeò que non dubito, quin etſi cohæres filio pater datus eſſet, nihilominùs tamen filio repudiante à ſubſtituto excluderetur, *d.l. 2. §. ſi duo, ſec. tab.* Aliud argumentum ducit. Duar. à cōditione ſubſtitutionis, quam putat non minùs repudiante, quàm adeunte filio deficere, propterea quod repudiatione ſua patrem hæredem faciat, *arg. d. l. ult §.2.C.de bon.quæ libr. junct. d. l. ſi paterfam. de hær. inſt. & hoc noſtro §.* Verùm in hoc manifeſtè errat: nam etſi per occaſionem repudiationis filii pater hoc conſequitur, ut ipſe hæreditatem filio delatam adire poſſit; non tamen hoc conſequitur per filium, ſed beneficio legis, quod ceſſare debet, ubi teſtatori ipſe alium hæredem ſufficit. Per filium ergo, qui repudiavit, pater hæres non fit, ſed ſua ipſius aditione, ex perſona propria vi conſtitutionis Juſtinianæ, quæ eum habet pro inſtituto, ubi ſcilicet alius à teſtatore non vocatur; nam voluntatem teſtatoris modis omnibus ſartam ac tectam leges omnes conſervant. Non aliter autem dominus aut pater per ſervum aut filium hæredes exiſtere poſſunt, aut hi illos hæredes facere, quàm adeundo: repudiando autem nequaquam, *l.7.de acq.hær.leg.3.C. de hær. inſt.& hoc text.* & alioqui etiam quivis hæres inſtitutus hæreditatem recuſās adire, dici poſſet eos, qui ab inteſtato veniunt, hæredes facere, & cohæres, cohæredem: atque ita fieret, ut ferè ſemper excluderetur ſubſtitutus, contra manifeſtam voluntatem teſtatoris. Nec movere debet quod Ulpian. reſpondet, filium repudiando patri non nocere, *l. 13. de acq. hær.* Hoc enim non eam ſententiam habet, filio repudiante patrem nihilominùs per eum hæredem fieri: ſed repudiationem filii non obſtare, quominùs filius jubente poſtea patre adhoc adeat. Poſtremò hoc modo argumentatur Duarenus; Si pater & filius una eademque perſona cenſentur, *l. ult. C. de inſt.& al ſubſt.* nihil referre debet, utrùm filius ipſe hæres inſtitutus, an pater hæreditatem adeat. Sed non animadvertit, hoc argumentum in ſe retorqueri poſſe, hoc modo: Si pater & filius una perſona cenſentur, filio per repudiationem ab hæreditate remoto; etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verùm hujuſmodi fictionibus juri non eſt abutendum ad evertendas voluntates defunctorum, quæ in teſtamentis totum faciunt, *l.ex facto 35.§.rerum, de hær. inſt.* Ita cum Viglio ſentiunt Salicet. *in d. leg. ult. C. de bon. quæ lib. Polit. de vulg. ſubſt. Fachin.4.cont.63. Ant. Fab. deciſ. 33. err. 7. Dion. 6. comm. 24. Bachov. in Treutl. vol. 2. diſp. 11. theſ. 7.* diſſentiunt cum Duareno *Bart. in l. 1. hoc tit. Gloſ. Cyn. Caſtr. in d.l. ult. Merend. 4. cont. 8. Graſſ. §. ſubſtitutio, qu. 9. num. 4.* Solent & aliæ quæſtiones 2
hoc loco agitari, quas obiter excutiemus, nam inſtituti ratio non patitur, ut ſingula exequamur accuratè. Prima eſt, utrū indigno aliquo hærede inſtituto, eique ſubſtituto dato in caſum, quo hæres non erit, fiſcus potior ſit, an ſubſtitutus, hoc eſt, utrùm in propoſito fiſcus hæreditatem indigno auferat, an locus ſit ſubſtituto? Ego cum Duar. *d. cap. 10. & DD. comm. Graſſ. d. qu. 9. n. 8.* pro fiſco contra ſubſtitutum reſponderem, per *text. in l. cum quidam 12. & jus regulares tit. de his quæ ut in dign.* neque pœna inſtituti hæredis debet eſſe præmium ſubſtituti, ut generaliter definit Papinian. *l. ſi ſequens 15. de Senat. Silan.* Non idem juris eſt in inſtitutione planè incapacis, puta deportati: nam talis inſtitutio cùm pro non ſcripta habeatur, *l. 1. C. de hær. inſt.* teſtamentum à ſubſtitutione exordium capiet, *arg. l. 3. §. ult. de lib. & poſt.* Alia quæſtio eſt, uter præferendus, ſubſtitutuſne, an is, in quem extra cauſam ſubſtitutionis hæreditas non adita tranſmittitur. Jure veteri, ſui hæredes poteſtate nudæ exiſtentiæ hæreditatem tranſmittebant in hæredes quoſcumque, *l. 3. C. de jur. del. l. 8. C. de ſuis & leg. hær.* Ex conſtitutione Theodoſii liberi omnes delatam ſibi à parentibus hæreditatem tranſmittunt ad deſcendentes ſuos, *l. un. C. de his qui ant. apert. tab.* Eſt item & tertium genus tranſmiſſariorum, in quos non hæreditas, ſed jus deliberandi transfertur ex lege Juſtiniani, *l. cum in antiquioribus 19. Cod. jur. del.* Pro triplici ergo hac tranſmiſſariorum differentia primò quæritur, ſi ſuus hæres, qui in caſum, quo hæres non foret, ſubſtitutum accepit, antequàm ſe bonis parentis immiſcuiſſet aut abſtinuiſſet, mortuus ſit, utrùm vi ſolius exiſtentiæ hæreditatem tranſmittat ad ſucceſſores ſuos, an admittendus potiùs ſubſtitutus. Et communis quidem ſententia eſt ſubſtitutum admittendum excluſo tranſmiſſario ſive hærede inſtituti, quoniam ſubſtitutio vulgaris perimat jus ſuitatis. Sed hoc perſpicuè falſum eſt, ut oſtendimus *ſup. in not. ſub fin. pr. eod.* ubi pleniſſimè probavimus, jus ſuitatis in propoſito ſalvum manere, licèt neceſſitas remiſſa intelligatur, neque ſubſtitutionem vulgarem in ſuo hærede operari in caſum impotentiæ, ſed abſtinentiæ dumtaxat. Inſignis verò error eſt Jo. DecKheri *lib. 1. Diſſert. 14. n. 43.* aſſerentis, ideò per vulgarem ſubſtitutionem tolli tranſmiſſionem, quæ ex jure ſuitatis eſt,

quia ſuus hæres inſtitutus non aliter ex teſtamento hæres fit, quàm ſi ſe immiſceat; notiſſimi enim juris eſt, ſuos hæredes tam ex teſtamento quàm ab inteſtato ſtatim atque ipſo jure hæredes exiſtere, §.2. *infr. de hær. qual. l.* 1. §. *qui ſunt* 6. *ſi quis omiſſ. ca. teſt. l.* 3. *Cod. de hær. inſt. vid. Ant. Fab. deciſ.*34. *err.* 4. Secundò, utrùm ſubſtitutio potior, an tranſmiſſio ex conſtitutione Theodoſii, *d. l. unic. C. de his qui ant. ap. tab.* Hic item pro tranſmiſſario contra ſubſtitutum reſponderem per *l. un.* §. *cum autem* 13. *de Cad. toll.* ubi jus tranſmittendi, quod antea ſui hæredes ſoli & ſimpliciter habebant etiam in caſu ſubſtitutionis, Juſtinianus disertè extendit ad perſonas lege Theodoſiana comprehenſas, *Duar. d. c.* 10. *Ant. Fab. d. err.* 4. eſtque hæc ſententia etiam communiter recepta, *Graſſ. d. quæſt.* 9. *num.* 3. neque Jo. Deckcherus, *ubi ſupr.* quicquam affert, quod me in contrarium trahat. Tertiò, utrùm tranſmiſſio juris deliberandi ex lege Juſtiniani *d. l. cum in antiquioribus, Cod. de jur. del.* excludat ſubſtitutionem, an hæc illam. Hic ego pro ſubſtituto reſponderem contra tranſmiſſarium Juſtinianeum, cum *Salic. in d. leg.* 19. *Ang. Rip. in l.* 1. *hoc tit. Zaſ. tract. ſub. cap.* 1. *in tertio effect. ver. tertia ſpecies Polit. de vulg. ſubſt. num.* 92. *& ſeqq. Anton. Fab. d. deciſ. err.* 5. *Deckher d. differt. num.* 44. neque enim nova & exorbitans conſtitutio facile extendi debet cum injuria tertii, qui pro ſe habet & proviſionem hominis & ſimul voluntatem legis, poteſtque locus Juſtiniani *d. l. unic.* §. 5. *junct.* §. *cum autem* 13. *C. de cad. toll.* qui in contrarium adducitur, commodè referri & reſtringi ad duas priores ſpecies tranſmiſſionis, ut propriè verba Imperatoris accipiantur, & de his ſolis, qui ipſam hæreditatem tranſmittunt, *diſſ. hic Duar. d. c.* 10. *& DD. comm. Gomez.* 1. *reſ.* 3. *num.* 25. *Graſſ. d. quæſt.* 9. *num.* 3. *Chriſtin. vol.* 4. *deciſ.* 17. *num.* 2. *Fachin.* 4. *contr.* 62. Poſtremò quæritur, quid juris ſit, ſi inſtitutus beneficio ætatis contra aditionem reſtitutus ſit. Quæſtio hæc omniũ eſt difficilima. Sententia communis eſt convaleſcere ſubſtitutionem, *arg. l. ex contractu* 44. *de re jud. l.* 1. §. *antepen. leg.* 2. §. *ſi bonorum* 10. *ad ſenat. Tertyll. gloſſ. Salyc. Cyn. & alii in leg.* 5. *Cod. de imp. & al. ſubſt.* & hanc ſequuntur *Anton. Fab.* 3. *conject.* 5. *Don.* 6. *com.* 24. ſed contraria, de jure verior videtur, *per d. leg.* 5. *& textus perſpicuos in l. ult. de ſucceſſ. edict. leg.* 7. §. *ſed quod Papinianus* 10. *& ib. Cujac. & Paul. Buſ. de minorib.* Neque temerè beneficium reſtitutionis extra perſonam minoris in alterius favorem porrigi debet, *Zaſ. tract. ſubſt. cap.* 1. *verſ. ſecundo limitate, Duar. d. cap.* 10. *Ant. Merend.* 4. *cont.* 9. *Bachov. in Treut. volum.* 2. *diſput.* 11. *Theſ.* 7. *Perez. ad tit. Cod. de imp. & aliis ſubſt. num.* 7. Utrùm autem excluſo ſubſtituto hæreditas ad legitimum ſucceſſorem pertineat, quod placet Duar. Bachov. & Merendæ an fiſco locus fiat, quod Cujacio, Buſio, in medio relinquimus. Nunc ad inſtitutum redeamus.

Mævius in partem admittitur] Non exprimit in quotam: & ita quoque ſimpliciter ſcriptum eſt in *l. & hoc* 41. *de hær. inſt.* hæreditatem dividi inter dominum inſtituti & ſubſtitutum. Sed 3
utrùm ex æquo, ut dimidiam partem hæreditatis dominus, dimidiam item ſubſtitutus ferat, an ut ille dodrantem, hic quadrantem dumtaxat, ut *gloſſ. & DD. comm.* voluerunt? Non ambigo, quin ex æquo. Quomodò hunc locum & Theophilus interpretatus eſt. Et interpretandum eſſe vel hoc unum argumento eſſe debet, quòd partis nomen, niſi quid aliud adjiciatur, ſemper dimidiam ſignificet, *l. nomen* 164. §. 1. *de verb. ſign. l. etiam* 43. *de uſufr.* Et rogo in re dubia, ubi paria in utramque partem argumenta afferuntur, quam rationem vel in ſpeciem habere poteſt inæqualis iſta diſtributio? Quinimò ſi partes inæquales faciendæ, ſubſtituto potiùs favendum erat, cui & verba & voluntas teſtatoris ſuffragantur, quàm domino, qui mera tantùm ratione juris nititur, & de quo teſtator cogitare non potuit, cùm eum inſtitueret, quem ingenuum putabat. Obſtat tamen huic ſententiæ *d. l. ſi paterfam.* 40. *de hær. inſt.* ubi Julian. in hac ipſa ſpecie aliam partitionem facit, & duos vult ſemiſſes fieri ita ut alter ſemis inter dominum & ſubſtitutum æquis portionibus dividatur, cùmque de altero ſemiſſe nihil definiat, eum domino plerique aſſignaverunt. D. Cujacius exiſtimat, pro *alter ſemis*, uti in extremo *d. l.* 40, legitur, legendum *as*, mendumque natum ex errore notarum. Alciatus 1. *diſput.* 2. ſcribit, ſe in veteri exempli ita legiſſe *in pr. d. l. eique, ſi hæres non eſſet, Sempronium cohæredem ſubſtituerit.* Quam lectionem verba in calce ejuſdem reſponſi poſita mirè juvant. Ait enim Julianus; *Igitur in hoc caſu duo ſemiſſes fient.* Cur ait, in hoc caſu, niſi ut ſignificet ſe talem caſum propoſuiſſe, cui conveniret hæc diviſio? nempe quando ſervo, qui liber putabatur, cohæres ſubſtitutus eſt: in aliis autem non idem juris eſſe. Igitur in caſu à Juliano propoſito de uno ſemiſſe ambigi non poterat; quippe quem Sempronius ex inſtitutione accipit, non dominus ſervi: de altero poterat: & hunc Julianus ait dividi oportere inter dominum ſervi & Sempronium. Et meritò, quia in hunc tantùm ſemiſſem erat ſubſtitutus. Atque ita nunc cordatiores omnes ſentiunt, quorum pars emendationem Cujacii, pars Alciati lectionem probant, aut quod ipſe addit, intelligunt, in re ipſa conſentientes. Planè ſi manifeſtè appareat, teſtatorem per eum quem opinionis errore liberum eſſe credens hæredem inſtituit, ad alium quemquam hæreditatem pertinere noluiſſe, conditio ſubſtitutionis extitit, & ſoli defertur hæreditas ſubſtituto, *l.* 3. *C. de hæ. in.*

TITU-

Digitized by Google

Titulus XVI.
De pupillari substitutione.

D. lib. 28. Tit. 6. C. Lib. 6. Tit. 26.

Unde hac ſubſtitutio dicatur pupillaris, & quo adſpectu ſubſtitutio. Simul argumentum tituli.

SEquitur directæ ſubſtitutionis ſpecies altera, quæ à ſubjecto dicitur pupillaris, quia ſcilicet ſolis fit pupillis, non ut prior illa, promiſcuè quibuſvis. Etſi autem is demum pupillus dicitur, qui cùm impubes ſit, in poteſtate patris eſſe deſiit, *l. pupillus 239. de verb. ſign.* tamen quia vis omnis teſtamenti, & ſubſtitutionis confertur in mortem teſtatoris, id eſt, in id tempus, quo filius pupillus futurus eſt, rectè hoc reſpectu pupillaris vocatur. Prior illa vulgaris, ut benè obſervavit D. Viglius, verè ſubſtitutio eſt, ſive ſecunda ſubſtitutio eſt, qua teſtator in caſum, quo primo gradu inſtitutus hæres futurus non eſt; alium ſibi hæredem facit; ac proindè per quam ſucceditur ipſi teſtatori. Hæc autem non tam ſubſtitutio eſt, quàm inſtitutio prima: quippe per quam non ei, qui teſtamentum fecit, & gradu ſecundo ſucceditur, ſed pupillo, cui teſtamentum factum eſt, & gradu primo, perinde ac ſi ipſe pupillus ſibi hæredem feciſſet. Quod evidentiùs apparet in ſubſtitutione exhæredati. Quamobrem merito Hotomannus à Bachovio notatur, quòd ille inverſo modo vulgarem ſubſtitutionem magis inſtitutionem, pupillarem autem propriè cenſet eſſe ſubſtitutionem. Cur verò eùm pupillaris propriè ſubſtitutio non ſit, eo tamen nomine à veteribus appelletur, dixi præc. tit. nempe ſic appellatur ex comparatione hæredis paterni, eò quòd pater ſibi priùs, deinde ſecundo loco filio hæredem inſtituere debet, & non à teſtamento filii incipere, *leg. 2. in fin. hoc tit.* Porrò ſubſtitutio pupillaris, ut genus ... , dividi poteſt in propriam, ſeu veram; & quaſi, ſeu exemplarem. Utraque fit in eum caſum, quo inſtitutus hæres erit; pupillaris liberis impuberibus, ſi hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur; his ita, ſi hæredes extiterint & deceſſerint in eadem mentis alienatione. Summa eorum quæ hoc tit. traduntur, hæc eſt. In principio docetur, qui quibus pupillariter & qua forma ſubſtituant, quis hujus rei effectus, & unde ille manarit. Inde agitur de ſubſtitutione quaſi pupillari, ſive mente capti: & mox effectus pupillaris ſubſtitutionis repetitur: dein parentibus formidoloſis tuta monſtratur ſubſtituendi ratio. Hinc jam amplius quibus pupillariter ſubſtitui poſſit, declaratur: tum proponitur generalis quædam & communis forma: ac poſtremò ſequuntur contraria.

Textus.

Forma, effectus, origo, & ratio pupillaris ſubſtitionis.

Liberis ſuis impuberibus, quos in poteſtate quis habet, non ſolùm ita, ut ſupra diximus, ſubſtituere poteſt, id eſt, ut ſi hæredes ei non extiterint, alius ſit ei hæres: ſed eo amplius, ut ſi hæredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, ſit eis aliquis hæres: veluti ſi quis dicat hoc modo, Titius filius hæres mihi eſto. Et ſi filius mihi hæres non erit, ſive hæres erit, & priùs moriatur, quàm in ſuam tutelam venerit, *id eſt, antequàm pubes factus ſit,* tunc Sejus hæres eſto. *Quo caſu, ſiquidem non extiterit hæres filius, tunc ſubſtitutus patri ſit hæres: ſi verò extiterit hæres filius, & ante pubertatem deceſſerit, ipſi filio ſit hæres ſubſtitutus. Nam moribus inſtitutum eſt, ut quum ejus ætatis filii ſint, in qua ipſi ſibi teſtamentum facere non poſſunt, parentes eis faciant.*

Notæ.

Quos in poteſtate] Et ideò nec mater liberis ſuis, nec pater filio emancipato pupillariter ſubſtituere poteſt, *l. 2. hoc tit.* Sed nec avus nepoti ex filio, quem in poteſtate habet, niſi ex formula legis Vellejæ, *Si filius me vivo ſuus hæres eſſe deſierit, &c. d. l. 2.* Oportet autem & teſtamenti & mortis tempore impuberem in familia eſſe, *l. 41. §. 2. eod.*

Veluti ſi quis] Formula gemellæ ſubſtitutionis. Verùm ex D. Marci conſtitutione ſubſtitutio ſemper aut vulgaris aut pupillaris, id eſt, quæ alterutro caſu expreſſo ſit, in utrumque caſum facta intelligitur, *l. 4. hoc tit.* fac. *l. 2. & l. 4. C. eod.* Olim de expreſſa pupillari, an vulgarem tacitè contineret, quæſitum in Curiano judicio, de quo Cic. multis locis, & Quint. *7. c. 7.*

Sive hæres erit, &c.] Hæc eſt conditio ſubſtitutionis pupillaris, & caſus ſecundus dicitur.

Si non extiterit] Quod etiam tunc accidere intelligendum eſt, cum impubes patris ſuperſtes hæreditate paterna abſtinet: ne nudum nomē hęredis noceat ſubſtituto, *arg. l. 67. pr. de rit. nupt. l. 68. de l. 1.* Non rectè agitur Theoph. hic.

Si extiterit hæres] Hic caſus propter utilitatem pupilli extitiſſe intelligitur, etiamſi bonis paternis

ternis ſe abſtineat, *l.12.h.tit.l.42.de acq.hær.leg.28.de reb. auct. jud.* & hoc eſt, quod vulgò interp. dicunt, nudæ ſui hæredis exiſtentiæ vi confirmari tabulas pupillares, fac, *leg.44. de re jud. leg.41.de acq. hær.*

Ipſi filio ſit hæres] Non tantùm in bonis, quæ à patre obvenerunt; ſed etiam quæ aliunde, *l. 10. §.5. h.t.* excluſis filiis legitimis hæredibus, & ipſa etiam matre, *l.8.§.5. de inoff. teſt. c.1. C. de teſt. in 6.*

Moribus inſtitutum] Ita, & Ulp. *l.2.h.t.*

COMMENTARIUS.

1 *Neque patrem liberis emancipatis pupillariter ſubſtituere poſſe, neque matrem liberis omnino.*

2 *Nepotes licèt in poteſtate conſtituto, quem pater antecedit, pupillariter ſubſtitui non poſſe, niſi ex formula legis Velleiæ.*

3 *Vtrùm, ut valeat ſubſtitutio pupillaris, neceſſe ſit, liberos in poteſtate eſſe, & cùm ſit ſubſtitutio, & cum pater moritur; an ſatis ſit, tales eſſe tempore mortis.*

4 *Exponitur locus Vlpiani in* leg. 2. in fin. pr. hoc tit.

5 *Vulgari caſu expreſſo etiam pupillarem contineri, niſi voluntas teſtatoris apertè refragetur.*

6 *An ex converſo, expreſſo caſu pupillaris, contineatur & vulgaris.*

7 *Reſponſum Iavoleni expoſitum* in l. paterfa. 28. de reb. auct. jud.

8 *Quando accidat, ut pupillus hæres non exiſtat, & ſubſtitutus vi formulæ vulgaris admittatur.*

9 *Quando intelligatur pupillus patri hæres extitiſſe hoc effectu, ut mortuo intra purbetatem hæres ei fiat pupillariter ſubſtitutus.*

10 *Per ſubſtitutionem pupillarem excludi hæredes omnes legitimos, etiam matrem.*

11 *Excludi matrem à ſubſtituto pupillari etiam quoad legitimam.*

12 *Oſtenditur idem juris eſſe & in pupillari tacita, cum refutatione objectorum.*

13 *Cur pupillo expedire viſum ſit teſtamentarium à patre hæredem accipere.*

L*iberis impuberibus*] *L.2. in pr. eod.* puberibus in tantùm non licet, ut etiamſi ab initio facta impuberi ſubſtitutio ſit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguatur, *§. pen. inf. eod.* Cur autem ſolis liberis impuberibus hoc modo ſubſtitui permiſſum ſit, in fine hujus §. dicetur.

1 *In poteſtate*] Etenim patriæ hoc datum poteſtati eſt: & ideo pater filio emancipato ita ſubſtituere non poteſt, *d. l. 2. in pr.* multòque minùs mater liberis ſuis. Nam quòd in ſpecie *l. ſi mater. 33. eod.* pupillares tabulæ appellantur, quas mater filio impuberi fecit, ex eo minimè concludendum eſt, poſſe & matrem liberis impuberibus pupillariter ſubſtituere. Proponitur enim mater filio impuberi ſubſtitutionem feciſſe non in caſum ſecundum, ſi hæres erit, ſed in primum, ſi hæres non erit. Vulgaris igitur illa, non pupillaris ſubſtitutio eſt. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit, primùm ratione objecti, quia ſubſtitutio facta filio, dum adhuc eſſet in ætate pupillari: deinde quia ſubſtitutio confertur in mortem impuberis, & in ea ſpecie effectum quodammodò ſubſtitutionis pupillaris habet, ſaltem quod attinet ad bona matris, ut rectè monet, atque hoc Africani reſponſum temperat *Cujac. 2. ad African.* Conſilium hoc prudentum fuit, à quibus excogitata quoque eſt cautio & velut ratio quædam, qua cum vi & effectu pupillaris ſubſtituatur, etiam filio emancipato ſubſtituatur, *leg. cum ex filio 39. hoc tit. add. Duar. ad hunc tit. cap. 14.* Non ſatis autem eſt, liberos in poteſtate eſſe, niſi ſimul proximum in familia teſtatoris gradum obtineant. hoc eſt, ſui hæredes ſint teſtatori: namſi, verbi 2
cauſa, pater nepotem antecedat, non poterit avus huic nepoti pupillariter ſubſtituere; quia poſt mortem avi recaſurus eſt in poteſtatem patris ſui, *d. l. 2. in pr.* quo fit, ut jam non propter ætatem, aut quia impubes, teſtamentum facere non poſſit, aut hæredem ex teſtamento habere; ſed quia filiusfam. cui nec puberi teſtamenti faciendi jus eſt, & de cujus ſucceſſione jure veteri omninò queri non potuit. Planè ex formula legis Vellejæ etiam nepotibus, quos pater præcedit, ſubſtitui poteſt, *d. l. 2. in pr.* ut ſic avus teſtetur; *Filius hæres eſto. Si filius me vivo ſuus hæres eſſe deſierit, tum qui mihi ex eo nepos eſt, hæres eſto. Si nepos hæres erit, & intra pubertatem decedat, Sejus hæres eſto.* Quæ nepotis inſtitutio fit ex ſecundo cap. legis Vellejæ, *l. Gallus 29. §. ſequenti 13. de lib. & poſt.* De illo quæritur, utrum ut ſubſtitutio pupillaris valeat, neceſſe ſit liberos in po- 3
teſtate eſſe utroque tempore, & quo fit ſubſtitutio, & quo pater moritur, an verò tales eſſe ſufficiat ſaltem tempore mortis *Accur. Bart. in d. l. 2. & vulgo interpp. Graſſ. §. ſubſtitutio, quæſt. 23. num. 4.* ſufficere credunt, qualitatem illa adeſſe tempore mortis. Doctiſſimi Juriſconſulti ſuperioris ævi, *Polit. Zaſ. Govean. in d. leg. 2. Vigl. hic num. 7. Covar. in cap. Raynut. de teſtam. § 5. num. 2. Duar. comm. ad hunc tit. cap. 14. Don. 6. comm. 25.* contra utrumque tempus ſpectandum contendunt, tam id, quo fit ſubſtitutio, quàm quo teſtator moritur; quibus aſſentior. Nam & verba juris de hac ſubſtitutione conſtituti conferuntur in tempus præſens ſubſtitutionis, & cum qualitas aliqua requiritur ad conſtitutionem alicujus actus, ea ineſſe debet eo tempore, quo actus geritur, *leg. ſi alienum 49. §. 1. de hær. inſt. §. in extraneis 4. infr. de hær. qual.* tritumque eſt, quod ab initio non conſiſtit, ex poſtfacto non poſſe convaleſcere. Accedit præterea textus ſatis clarus in *leg. cohæredi 41. §. 2. hoc tit.* Verba ſunt, *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, ſubſtitutio pupillaris ſit irrita.* Quibus verbis Juriſconſultus apertè ſignificat, præter tempus mortis aliud quoque eſſe, quo oporteat impuberes eſſe in familia; hoc autem tempus non aliud intelligi poteſt aut debet, quàm id, quo fit ſubſtitutio.

Digitized by Google

tutio Pro contrariæ ſententiæ firmamento adducitur *d.leg.2.in fin. pr.* ubi ſic Ulpian. ſcribit, *Sed ſi extraneum quis hæredem ſcripſerit, poteris ei ſubſtituere, ſi modò eum in locum nepotis adoptaverit, aut adrogaverit, filio præcedente*. Ex hoc loco Accurſ. & Bart. probari putant ſatis eſſe ad pupillarem ſubſtitutionem, ſi vel tempore mortis tantùm in poteſtate reperiatur is, cui ſubſtitutio facta eſt. Mihi verò contrarium hoe ipſo loco non obſcurè ſignificare Ulpian. videtur, nempe priùs oportere extraneum nepotis loco adopta-
4 ri, quàm ſubſtitutio fiat: ait enim, *poteris ei ſubſtituere, ſi eum in locum nepotis adoptaverit*. Ut autem locus planiùs intelligatur, licebit paulò altiùs rem repetere. Docuerat Juriſconſultus, quemadmodum nepotibus, quos patres præcedunt, tutò in primum caſum ſubſtitui poſſet, hoc eſt, ita ſubſtitui, ut non evaneſceret ſubſtitutio; nimirum eos vel inſtitui oportere vel exhæredari, ne in locum ſuorum hæredum ſuccedentes (quo uno caſu effectum habet ſubſtitutio) præteriti rumpant teſtamentum, & per conſequens extinguatur pupillaris ſubſtitutio. Inſtitui autem oportere ex conſilio & formula legis Vellejæ aliter inſtitutum haberi pro præterito. Mox ſubiicit, extraneum ex formula legis Vellejæ inſtitui nihil neceſſe eſſe, vulgarique ſaltem modo inſtitutum & ſuccedentem poſtea in locum ſibi hæredis non rupturum teſtamentum. Quæ eſt ſententia *leg. filio 23. §. 1. de lib. & poſt.* ac proindè extraneo impuberi hæredi vulgariter inſtituto, & poſtea in locum nepotis quaſi ex filio adoptato, rectè (poteſt enim & ex intervallo hoc fieri, *leg. ſi quis 26. §. hoc tit.*) ſubſtitui: eam quippe inſtitutionem ſufficere, ne ſucceſſione quaſi præteritus rumpat: cùm ſi poſt adoptionem inſtitutio facta ſit, non aliter ea valeat, quàm ſi facta fuerit ex formula legis Vellejæ: ſive enim nepos: quem pater antecedit, naturalis ſit, ſive adoptivus, ſemper ex præſcripto legis Vellejæ inſtitui debet, alioqui præteritus cenſetur. Qua de re abundè dictum exegeſi, §.2. *ſup. de exhær. lib.* Cùm igitur hic quæratur de eo, qui extraneus ſit, non tempore ſubſtitutionis, ſed inſtitutionis, tantum abeſt, ut hic locus confirmet contrariam ſententiam, ut eam etiam refellat. Non poſſum ergo non mirari Bachovium, qui hanc explicationem, quæ tam apertè & verbis & menti Juriſconſulti ac rationi juris per omnia convenit, divinatoriam appellat. Illa, quæ ipſe pro tuenda communi ſententia affert, nihil aliud eſſe, quàm meras divinationes, facilè quivis animadvertere poterit.

Veluti ſi quis, &c.] Formula mixtæ & gemellæ ſubſtitutionis, quæ à Modeſtino duplex dicitur, quia utrumque caſum complectitur, & ſubſtitutionis vulgaris & pupillaris, *leg. 1. hoc tit.* Atque olim quidem, ut credibile eſt, qui ſibi & liberis ſuis in utrumque caſum proſpectum vellent, ex conſilio Juriſconſultorum disjunctiva hac formula uſi fuerunt; vel quia ex plurium ſententia ſubſtitutio non operabatur ultra caſum expreſſum, vel quia ob diverſitatem ſententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Poſtea autem Imp. Marci & Severi conſtitutione introductum, ut ſi pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligeretur, *l. 4. in pr. eod.*
Primùm igitur, quod poſitum eſt extra omnem 5
controverſiam, vulgari caſu expreſſo continebitur etiam pupillaris; veluti ſi pater impuberi filio hæredi inſtituto ita ſubſtituat, *Si filius hæres non erit, Titius eſto*. Hic enim placet Titium etiam in hunc alterum caſum, *& ſi filius hæres erit, & impubes deceſſerit*, tacitè ſubſtitutum videri, *d.l.4.in pr.* niſi voluntas teſtatoris apertè refragetur, *l. 4. C.eod.* Etenim quod pupillaris ſubſtitutio hic quoque admittitur, id fit ex ſola conjectura voluntatis; quæ hinc ducitur, quòd credibile ſit, eum qui aliquem ſibi hæredem eſſe voluit, ſi filius non eſſet, voluiſſe quoque eumdem eſſe hæredem filio, ſi filius hæres eſſet, & intra pubertatem moreretur; utroque enim caſu pariter ſubſtitutum dilexiſſe videtur, nec ſibi magis proſpexiſſe, quàm impuberi filio, cui etiam utile eſſe creditur, hæredem à patre accipere, *l.Iulianus 42.de acq.hær.* In voluntate autem teſtatoris manifeſtè contraria hujuſmodi conjecturis non utimur. Quapropter ſi ille vel nominatim alium in ſecundum caſum ſubſtituit, vel in conditione vulgaris ſubſtitutionis perſonam comprehendit, cui pupillariter ſubſtitui nequeat, hìc qui in primum caſum ſubſtitutus eſt, minimè intelligi debet ſubſtitutus quoque eſſe in caſum ſecundum, contra manifeſtam voluntatem teſtatoris, qui aut expreſsè in ſecundum caſum ſubſtitutum dedit, *§.3.inf. eod.* aut in conditione ſubſtitutionis eum adjecit, cui in ſecundum ſubſtitui non poteſt? quod cum fit, palam eſt teſtatorem in eum dumtaxat caſum
ſubſtitutionem feciſſe, quo utrique hæres ſub- 6
ſtitui poterat, *d.l.4.§.2.l.Lucius 45.hoc tit.d.l.4. C.eod.* Porrò etiam vice verſa expreſſo caſu ſubſtitutionis pupillaris dicimus contineri eo caſu & vulgarem. Cæterum hic nobis litem movent *Polit.de ſubſt.pupill.quæſt.8 n.39.Vigl.hic n.19. Ant. Fab.dec.32.err.9.& 10.* pauci (quamquam nonnullos alios Viglius laudat) ſed magni viri. Hi multis in contrarium diſputant, ac ſeriò contendunt, in ſubſtitutione pupillari expreſſa vulgarem tacitè numquam contineri. Nos quidem numero interp. nobiſcum ſentientium longè ſuperiores ſumus; ſed hoc parum eſt, niſi legum auctoritate vincimus & ratione. Videamus ergo, an in hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primùm verbis ipſis conſtitutionis Imp. Marci & Severi relatis à Modeſtino *d.l.4. in pr.* quæ hæc ſunt; *cùm pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque &c.* Non ait Juriſconſultus, *cum pater in primum caſum*, quomodò Imp. loqui debuerant, ſi tantùm in vulgari caſu expreſſo pupillarem contineri ſignificare voluiſſent; ſed *cum in alterum caſum*, hoc eſt, unum ex duobus, ſine ulla diſtinctione, primus an ſecundus tantum ex-

preſ-

Digitized by Google

preſſius fuerit. Secundò & evidentiùs auctoritate ejuſdem Modeſtini in terminis quæſtionem hanc proponentis & decidentis in *d.l.*4. §.2. Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque hærede inſtituto puberem impuberi ſubſtituit in eum caſum, quo impubes hæres exiſteret, & intra pubertatem moreretur: ait Juriſconſultus, hoc caſu fratrem puberem in utrumque eventum ſubſtitutum videri. Quod autem in fine ejuſdem reſponſi monet, ad evitandam omnem quæſtionem cautiùs facturum patrem, ſi in utrumque caſum expreſsè impuberi ſubſtituat, hoc apparet eum facere propterea quòd in ſpecie mutuæ ſubſtitutionis, qualem ille propoſuerat, nimirum cum uterque alteri ſubſtituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæſtio moveri poſſet, an non quemadmodum pater in unum dũtaxat caſum, hoc eſt, in vulgarem puberi ſubſtituit, ita viciſſim in unum quoque caſum tantùm, hoc eſt, in pupillarem videri debeat impuberi ſubſtituiſſe: at hujuſmodi quæſtioni poſt D. Marci conſtitut. locus non eſt, cum non uterque alteri in caſus diverſos, ſed uni dumtaxat, cui in utrumque caſum ſubſtitui poteſt, ſubſtituitur alter ſive ſolùm in primum ſive ſolùm in ſecundum caſum. Denique à ratione non magis alienum eſt, hanc inducere voluntatis conjecturam, quòd ſubſtitutus in ſecũdum caſum videatur etiam ſubſtitutus in primum, quàm quòd in primum ſubſtitutus intelligitur quoque ſubſtitutus eſſe in ſecundum. Imò fortior voluntatis conjectura pro illo, quàm pro hoc: quod etiam D. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 15. *num.*4. notat: Nam cum pater filium hæredem inſtituit, quem etiam ſperat ſibi hæredem fore, & bona, quæ relicturus eſt, conſecuturum, eum, quem filio hæredi facto ſubſtituit, & ad quem conſequenter mortuo filio pariter cum bonis filii poſtea quæſitis ſua quoque pertinere voluit, magna cauſa præſumptionis eſt patrem voluiſſe etiam filio hærede non exiſtente ſibi hæredem eſſe in ſuis ſolius bonis, quæ præſumptio tanto major in hoc caſu, quàm in ſuperiore, quantò magis apparet teſtatorem dilexiſſe eum, quem unà cum ſuis bonis filii quoque bona, ſi quæ poſtea obvenerint, habere voluit, quàm eum, quem expreſsè ſibi tantùm hæredem fecit. Ex quo vel ſolo, nullo negotio referri poſſunt rationes eorum, qui contra ſentiunt; nam auctoritate quidem illi nulla nituntur, niſi quod Ant.
7 Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfa.*28.*de reb. auct. jud. poſſ.* quo tamen loco longè aliam quæſtionem Juriſconſultus tractat; nimirum an creditoribus paternis in ſubſtitutum impuberis, qui patris ſe hæreditate abſtinuit, actio detur, ſive an ſubſtitutus æs alienum patris agnoſcere & creditoribus ejus reſpondere teneatur; an verò hæreditates, quas nuda exiſtentia poteſtate juris civilis conjunxit, poſſit ſeparare. Quòd ſi inde colligit Faber ſubſtitutum impuberi in caſum pupillarem, pupillo abſtinente, hæreditatem patris adire non poſſe vi aliqua tacitæ ſubſtitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris, nec legitimos hæredes abſtinente pupillo poſſe patris hæreditatem cernere. Et quidni præſupponendum eſſe dici poſſit, in quæſtione à Javoleno propoſita ſubſtitutum quoque repudiaſſe manifeſtè damnoſam hereditatem, utcumque virtute tacitę ſubſtitutionis vulgaris ſibi delatam? At mihi quod ad iſtam quæſtionem attinet, idem ſenſiſſe videtur Javolenus, quod ſucceſſor ejus Julianus, cujus ſententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur à Marcello & Ulpiano, *l. Iulianus* 42.*de acq. hær.* Agitata fuit quæſtio noſtra jam olim in judicio centum virali inter hæredes legitimos Coponii cujuſdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis & Quintilian. *lib.* 7. *inſt. orat. c.*7. meminerunt. Coponius poſthumum heredem inſtituerat, eique, ſi antequàm in tutelam ſuam veniret, deceſſiſſet, Curium hæredem ſubſtituerat. Cùm poſthumus natus non eſſet, exorta de hæreditate controverſia eſt inter hæredes teſtatoris legitimos & ſubſtitutum. Q. Mucius defendit, legitimis hæredibus locum eſſe factum, quoniam Curius ita ſubſtitutus erat poſthumo, ſi poſthumus impubes moreretur; jam verò poſthumum ne natum quidem eſſe, ac proindè defeciſſe conditionem ſubſtitutionis. Mucio contradixit L. Craſſus, atque iiſdem argumentis, quibus nos uſi ſumus, probavit centumviris, M. Curium nihilominus ex ſubſtitutione hæredem eſſe oportere. Quod judicium, ut communem ſententiam vendicat ab illis, quas Vigl. & Fab. proferunt, abſurditatibus, ita ipſum, cùm res adhuc dubia maneret, propter auctoritatem, ut credibile eſt, Q. Mucii, conſtitutione Imp. Marci & Severi confirmatum eſt. Planè in ſubſtitutione exhæredato facta eamdem interpretationem non eſſe admittendam facilè concedam.

Quam in ſuam tutelam venerit.] Antiqua locutio, qua veteres pupillarem ætatem ſignificabant, hoc eſt, eam, quæ tutorum poteſtati ſubjecta eſt; nam pubertate tutela finitur; & poſt eam ætatem adoleſcens ſuæ tutelæ eſſe incipit, quamvis curatorum adhuc auxilio regatur. Utitur hac loquendi formula M. Tullius, cum alibi ſæpè, tum *lib.* 1. *de Orat.* & *lib.* 2. *de invent.* Noſtri paſſim, *Iavolen. l. cum ex filio* 39. *hoc tit. Nerat. leg. pater filio* 54. *de hær. inſtit. Iulian. leg.* 8. 1. *de bon. poſſ. ſec. tab. Paul. leg. ſi filiaſam.* 5 t. *de legat.* 3. Prætor in edicto ſuo *leg.* 5. §. 2. *quib. ex cap. in poſſeſſ.*

Siquidem non extiterit hæres filius, tunc ſubſtitutus patri fit hæres] Quando ergo accidit, ut pupillus hæres non exiſtat, & ſubſtitutus vi vulga- 8
ris formulæ patri hæres fiat (An tunc ſolùm, cum pupillum ante patrem defungi contingit, an verò etiam tunc, cum patri ſuperſtes paterna hæreditate abſtinet? Et Theophilus quidem ſcribit, ex verbis formulæ vulgaris tunc ſolùm ſubſtitutum venire, & patri hæredem fieri, cum filius vivo adhuc patre mortuus eſt. Ego verò cenſeo, etiam tunc, cum impubes patri ſupervixit, & expreſsè bonis paternis ſe abſtinuit, poſſe ſubſtitutum de-

func-

Digitized by Google

ſendere ex ſubſtitutione patris hæreditatem ſibi delatam, conditionemque hanc, *Si hæres non erit*, ex mente teſtatoris explicandam, ut ea extitiſſe intelligatur, non cum quis nudo nomine tenus, ſed re ipſa & cum effectu hæres factus eſt. Sic Juriſconſulti in *l. non ſolum 67. de rit. nupt. leg. ſi poſt 68. de legat. 1.* apertè negant, filium, qui ſe abſtinuit, hæredem extitiſſe. Nam licèt etiam is, qui ſe abſtinuit, jure civili adhuc pro hærede habeatur, unde dicitur non eſſe ſine hærede, qui ſuum hæredem, licèt ſe abſtinentem habet; *leg. cum quaſi 30. §. ſed & ſi 10. fideicomm. libr.* atque hæc res etiam ſua habeat effecta, *l. 12. hoc tit. leg. filius 41. cum l. ſeq. l. ult. de acq. hær. leg. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poſſ.* tamen in propoſito nudum nomen hæredis ſive nudam illam exiſtentiam conſiderari non oportet: alioqui nullo modo vulgariter ſuo hæredi ſubſtitui poſſet. Et cùm, ut docuimus initio *tit. præc.* conditio iſta, *Si hæres non erit*, etiam caſum voluntatis contineat, & conſequenter tanquam conditio poteſtativa neceſſitatem tollens filium hac in re ad inſtar redigat hæredis voluntarii, per *l. 4. in pr. leg. jam dubitari 86. de hæred. inſtit. leg. 12. de cond. inſt.* ut jam pro conceſſa ſibi à patre poteſtate ſuo arbitrio velle aut nolle poſſit, & citra beneficium prætoris jure civili ſe abſtinere; ſanè in caſu noſtro hæreditas pro acquiſita neutiquam haberi debet. Rep. quæ notavimus ad *d. princ. præc. tit.*

Si verò extiterit hæres filius] Videamus item quanto filius patris hæres extitiſſe intelligatur cū hoc effectu, ut filio intra pubertatem mortuo hæres ei fiat pupillariter ſubſtitutus. Et certi juris
9 eſt, ſi filius deceſſerit poſt immixtionem, ſubſtitutum admitti, hæredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris ſit, ſi filius mortuus ſit non declarata voluntate ſua ſuper immixtione aut abſtentione. Verùm illud belliſſimè quæritur, an etiam filio, qui expreſsè abſtinuit, intra pubertatem mortuo, ſubſtituto pupillari locus fiat, & quod dicitur, nuda ſui hæredis exiſtentia confirmentur tabulæ patris & pupilli. Dixeris enim, nudam exiſtentiam vim iſtam habere non poſſe, ac proindè ſubſtitutum in propoſito excludi: quem ſi admittimus, nudæ exiſtentiæ tribuimus vim aditionis: cui conſequens hoc abſurdum eſt, ſuo hæredi fruſtra in vulgarem caſum ſubſtitui, cùm vulgaris ſubſtitutio adita hæreditate expiret. Ad hæc cùm dicamus, in ſubſtitutione vulgari verba hæc, *Si filius hæres non erit*, ex mente ſubſtituentis patris ſic accipienda eſſe, ſi immiſcere ſe paternæ hæreditati noluerit, etiam ex contrario quæ ſunt pupillaris ſubſtitutionis, *Si filius hæres erit*, ſic accipi oportebit, ſi bonis patris ſe immiſcuerit: ut utrobique immixtio, non nuda exiſtentia cum aditione conferatur. Quibus etiā accedit, quod apud Julianum relatum eſſe, ſi duo fuerint à patre inſtituti cum filio impubere, eidemque ſubſtituti, neceſſe eſſe ad tabulas patris confirmandas unum ex eis hæreditatem patris adire, *l. 11. §. 1. ad ſen. Treb.* Cæterum quominùs ita ſtatuamus, impedimur ex textu expreſſo *l. 12. hoc tit.* item his locis, *l. Julianus 32. de acq. hæred. l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poſſ.* ubi diſputant Juriſconſulti, an pupillo, qui abſtinuit bonis patris, mortuo, ſubſtituto concedi debeat ſeparatio bonorum patris & filii, ut ex ſubſtitutione pupilli tantùm hæreditatem adeat: ſtultè & ineptè, ſi ſubſtitutus abſtinente pupillo nullo modo ex ſubſtitutione venire poteſt. Dicendum ergo omnino eſt, etiam in caſu præſenti, cum pupillus abſtinuit, ex ſubſtitutione pupillari hæreditatem deferri ſubſtituto, nudæque ſui hæredis exiſtentiæ vi confirmari tabulas pupillares: quod etiam perſpicuè probat *ex contractu 44. de re jud. l. filius 41. de acq. hæred.* Nec verò adeò abſurdum videri debet, quod in ſubſtitutione pupillari vim aditionis tribuimus exiſtentiæ; in vulgari autem non nudæ exiſtentiæ, ſed immixtioni: non enim neceſſe eſt, ut nomen hæredis aut exiſtentiæ in utriuſque ſubſtitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur. Nam ut concedamus, etiam in pupillari ſubſtitutione patrem his verbis, *Si filius mihi hæres erit*, de hærede, qui cum effectu hæres futurus ſit, cogitaſſe: ratio tamen juris & favor pupilli poſtulant, ut ſola exiſtentia quoad effectum, de quo quærimus, pro aditione habeatur, & ſuſtineantur tabulæ pupillares. Planè ſi filio datus ſit cohæres extraneus, vulneratur ſuitas, ut loquitur Porc. *ad tit. de Actil. tut.* atque hic quia vires teſtamenti à cohærede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum & ſubſtitutionis pupillaris non ſufficit filium ſola poteſtate juris pro parte ſua hæredem extitiſſe, ſed ſi hic ſe abſtinuerit, ut tabulæ valeant, neceſſe eſt, ut patris hæreditas ab extraneo adeatur, *d. l. 11. §. 1. ad ſen. Treb.* Atque ita quoque explicanda *l. 2. §. 1. hoc tit.* Etenim ſui hæredis nuda exiſtentia, quæ fit ἐν ἀτόμῳ, & ipſo momento mortis paternæ, non poteſt in ſolidum confirmare teſtamentum, ubi eodem tempore adeſt hæres alius, qui adire poteſt, *vid. Bart. in l. 12. hoc tit. & d. l. 11. §. 1. ad Treb.* qui meo judicio feliciùs hæc expedit, quàm vel *Cujac. 26. obſ. 1. vel Ant. Fab. dec. 31. err. 8. add. Bachov. in Treut. vol. 2. diſp. 12. theſ. 3.*

Ipſi filio ſit hæres ſubſtitutus] Et in tantum ſuccedit, quantum filii fuit, cùm is moreretur, ſive à patre obvenerit, ſive quæſitum aliunde. Teſtamentum enim pupilli hoc eſt, in quo teſtator non ſuis bonis, ſed impuberis hæredem ſubſtituit, *l. ſed ſi 10 §. ad ſubſtitutos hoc tit.* Excipitur ſubſtitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex ſubſtitutione pertinere poteſt, quàm quod ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adrogatoris, *d. leg. 10. §. in adrogato 6.* Quia verò ex notiſſima ratione juris, quamdiu ex teſtamento defertur hæreditas, aut ſaltem ſpes eſt fore, ut defe- 10
ratur, hæredes ab inteſtato ſuccedere non poſſunt, certum eſt, legitimos pupilli hæredes, id eſt, eos omnes, qui citra ſubſtitutionem pupillo ab inteſtato ſucceſſuri fuiſſent, à ſubſtituto hæreditatem admittente excludi, & conſequenter etiam ma-

trem

trem pupilli: quamquam de ea ratio eſt, cur dnbitetur. Nam mater præ reliquis legitimis hæredibus hanc prærogativam habet, quòd à liberis præterita teſtamentum eorum inofficioſum dicere poſſit, aut ex *Nov. 115* ipſo jure evertere, utique ſi vera eſt communis opInio: quod nunc non diſputo. Cùm igitur mater hoc jus habeat, cum liberi per ſe teſtamentum faciunt, videri poteſt idem jus etiam tunc matri competere, cum non liberi ipſi ſibi, ſed pater eis teſtamentum facit: nam quod quis ex perſona & nomine alieno facit, majorem vim habere non poteſt, quàm haberet, ſi ille ipſe id feciſſet, cujus nomine factum proponitur, *l. minor. 51. §. 1. de proc. l. 13. §. pen. de damn. inf. l. 10. C de hær. inſt. c. quod per alium de reg. jur. in 6. cum ſimilib.* Contrarium tamen diſertè ab Ulpiano reſponſum *l. 8. §. 5. de inoff. teſt.* eſt, nempe matrem impuberis non poſſe teſtamentum inofficioſum dicere, adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc ſignificare voluit Juriſconſultus, querelam inofficioſi teſtamenti hoc colore inſtituendam, quaſi non ſanæ mentis fuerit, qui teſtamentum ordinavit: hujus autem rei pupillum argui non poſſe, qui ipſe teſtamentum non fecit, uxori verò contra mariti teſtamentum querelam non competere: quæ ratio etiam admiſſa communi DD. opinione accomodari poteſt ad jus novum: quicquid enim novi juris à Juſtiniano conſtitutum eſt, id eò tantùm pertinet, ſicut ipſe teſtatur ut præteritionis & exhæredationis amoveatur injuria, quæ nulla matri à pupillo illata. Neque verò pater, cum liberis ſuis teſtamentum facit, teſtatur ex perſona & nudo nomine liberorum, ſed jure proprio atque ex perſona ſua, vi ſcilicet & poteſtate juris patrii. Hoc ipſum manifeſtè quoque confirmat *l. 9. C. hoc tit.* quo loco Juſtinianus prohibet admitti querelam contra ſubſtitutionem mente capti, idque ait ſe conſtituere ad exemplum ſubſtitutionis pupillaris. Negata que-
11 rela conſequens omnino eſt, matrem à ſubſtituto pupillari excludi etiam quoad legitimam: idque conſtitutione Bonifacii VIII. nominatim expreſſum eſt *cap. 1. in fin. de teſtam. in 6. Licet filius*, inquit Pontifex, *teſtamento ſuo matrem portione jure naturæ debita privare non poſſit: pater tamen in teſtamento, quod filio impuberi facit, poteſt.* Bocerus *comment. ad hunc* §. putat, matrem, etſi per querelam reſcindere teſtamentum non poteſt, alia tamen via legitimam conſequi poſſe, nimirum conditione ex lege; quoniam generaliter cautum eſt, ex bonis liberorum matri legitimam eſſe relinquendam, *l. omnimodo 30. l. quoniam 32. C. de inoff. teſt. Nov. in pr.* Sed jam probavimus id verum eſſe, quando liberi ipſi teſtantur, non cum pater pro ſuo jure iis teſtamentum facit. Neque aſſentiri poſſum Menochio, qui *lib. 4. præſumpt. 38.* exiſtimat, excludi quidem matrem à legitima, quantum ad bona patris attinet; non autem quoad bona filii: ſiquidem pater in teſtaméto, quod filio impuberi facit, non tam de ſuis, quàm impuberis bonis diſponit, & exhæredato quoque dat ſubſtitutum. Atque illud omnino fixum eſſe debet, qui ſuo jure queri de inofficioſo non poteſt, quamvis ex teſtamento nihil conſecutus ſit, eum nec petere poſſe legitimam, ut benè diſputat *Fachin. lib 4. contr. 42.* & eſt communis hæc opinio. *Gomez. 1. rel. 4 nu. 7. Vaſq. lib. 2. de ſucc. prog. §. 11. num. 25. Graſſ. §. ſubſtitutio quæſt. 12. num. 5.* Porrò ſi hoc obtinemus in ſubſtitutione pupillari expreſſa, nulla ratio eſt, cur non idem ſtatuamus in tacita, quæ vulgari expreſſa continetur. Nam cùm ex conſtitutione Imp. Marci & Veri hic non minùs teſtamentum atque ex eo hæredem pupIllus habeat, quàm ſi expreſsè in caſum quoque pupillarem ſubſtitutum accepiſſet, ratio juris efficit, ut nemo, ſive mater ſit, ſive quis alius, ad legitimam pupilli ſucceſſionem venire poſſit, aut per querelam teſtamentum evertere. Quæ ſententia etſi à DD. comm. improbata eſt, tamen apertè ſatis confirmatur ſenſu contrario *in l. 2. C. hoc tit.* in qua Imp. reſpondet, ideo in ſpecie illic propoſita matrem admitti, quia teſtator, filio impubere, & aliis quibuſdam perſonis non ejuſdem conditionis hæredibus inſtitutis & invicem ſubſtitutis, non intelligitur ſenſiſſe de alio caſu, quàm qui in omnium perſona locum habere poteſt, id eſt, de vulgari tantùm: quo non obſcurè ſignificatur, ſi perſonis omnium uterque caſus conveniret, aliud reſpondendum eſſe: quo etiam faciunt *l. Lucius 45. hoc tit. l. 4. C. eod.* Sed dno loci hic nobis objiciuntur, *l. precibus 8. C. hoc tit. l. ult. C. de inſt. & ſubſt.* Ad priorem expedita reſponſio eſt, conſtitutionem D. Marci non pertinere ad teſtamentum militis, de quo loquitur *d. l. 8.* quippe militum teſtamenta non reguntur legibus aut conſtitutionibus; ſed ex nuda, ſimplici, ac prout verbis expreſſa eſt voluntate æſtimantur, *l. 6. C. de teſtam. mil.* ut proinde in horum teſtamentis vulgaris expreſſa non contineat tacitam pupillarem: idemque eſſet, etſi non mater in ſpecie illic propoſita, & deciſa, ſed frater aut alius pupilli legitimus hæres fuiſſet. In *l. ult. C. de inſt. & ſubſt.* hic caſus proponitur: Teſtator poſthumum & uxorem hæredes ſcripſit, & ſi poſthumus natus non eſſet, Mævium ſibi hæredem eſſe voluit. Natus eſt poſthumus, & impubes ſuperſtite matre deceſſit. Papinianus & Ulpianus putaverunt, voluntatis eſſe quæſtionem, & matrem potiùs, quàm ſubſtitutum, ad ſucceſſionem impuberis admittendam: & ſecundùm eos Juſtinianus quæſtionem ſic decidit, ut nolit ſubſtitutionem iſtam vim tacitæ pupillaris habere adversùs matrem, id eſt, ſi poſthumus natus impubes viva matre deceſſerit: ſin illa prior mortua ſit, valere adversùs cæteros. Quis verò non videt, hujus conſtitutionis ſpeciem & rationem ſingularem eſſe, ac proindè non facilè ad alios caſus porrigendam? Oſtendunt hoc verba, *in hac ſpecie, in hujuſmodi caſu*: & quo colore aliquo Papin. & Ulp. poſt conſtitutionem D. Marci voluntatis hic eſſe quæſtionem reſpondiſſent? Credibile autem eſt, Juriſconſultos & Imp. in caſu, nt propoſitus eſt, conſideraſſe primum, quod mater ea

parte

Digitized by Google

parte hæreditatis & ipſa inſtituta fuit, poſthumoque cohæres data, etſi poſthumum naſci non contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quòd ſcilicet teſtator uxorem ſuam quam ita dilexit, ut eam ſibi quoque cum filio hæredem eſſe voluerit, minimè credendus ſit voluiſſe excludere à luctuoſa hæreditate filii. Deinde quòd ſubſtitutio facta proponitur, non in eaſum illum generalem & germanum ſubſtitutionis vulgaris, *Si filius poſthumus hæres non erit*: ſed in caſum ſpecialem, & nominatim in hunc, *Si poſthumus natus non erit*. Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temerè, ubi mater in medio eſt, & præſertim cohæres poſthumo data, hunc caſum, *Si poſthumus natus non erit* trahendum eſſe ad oppoſitum, *Si poſthumus natus fuerit, & impubes deceſſerit*: ne fiat contra voluntatem teſtatoris, qui non videtur eum, quem poſthumo ſubſtituit, & ſibi hæredem deſignat nominatim in eum caſum, quo poſthumus natus non fuerit, & quo exiſtente nec mater, nec filius, nec hæreditas filii intelligi poteſt; etiam in contrarium caſum, ſi natus fuerit poſthumus, & viva matre deceſſerit, ipſi poſthumo hæredem eſſe voluiſſe, excluſa matre à luctuoſa filii hęreditate. Proinde concludimus, pro ſubſtituto ſemper reſpondendum eſſe, etiam cum mater in medio eſt, ſive de expreſſa, ſive de tacita pupillari quæratur, quoties ex certis aut probabilibus conjecturis colligi non poteſt, voluntatem teſtatoris refragari: ita & *Vigl. hic Don. leg. ad* 8. *C. hoc tit. Vaud.* 1. *quæſt.* 44. *Ant. Fab.* 16. *conj.* 9. *& ſeqq. & dec.* 33. *err.* 5. *latè Vaſq.* 2. *de ſucc. prog.* §. 15. *n.* 55. *& ſeqq. Diſſ. Gloſſ. & DD. comm. in d. leg.* 9. *Gomez* 1. *reſ.* 4. *num.* 8. *Covar. in cap. Raynutius, C. de teſtam.* §. 2. *nu.* 6. *Fachin.* 4. *contr.* 40. *&* 41. *D. Tulden. comm. hic cap.* 3. *& ad Cod. hoc tit. Perez ibid. n.* 26. *&* 27. *Chriſtin. vol.* 4. *deciſ.* 15. *nu.* 5. ubi etiam refert, ſupremum Senatum Mechlinienſem aliquando cenſuiſſe, per ſubſtitutionem in pupillo factam, ne expreſſam quidem, matrem hodie legitima privari poſſe: ſed hoc opinor ex eo eſt, quia in Belgio, utique in pleriſque Belgii provinciis, ſubſtitutioni pupillari planè non eſt locus: de quo pluſcula ſub §. *ult. infr. eod.*

Moribus inſtitutum] Vulgaris ſubſtitutio confirmatur lege 12. tab. his verbis, *Uti quiſque legaſſit ſuper pecunia ſua*. Pupillaris ad eam legem non pertinet: quippè in qua pater non de ſua pecunia ſuiſve bonis, ſed alienis, id eſt, liberorũ, diſponit, *l.* 10. § *ad ſubſtitutos* 3. *hoc t.* ſed ſubſtitutio hæc moribus introducta eſt, 2. *in pr. hoc tit.* & quod patri lege 12. tab. permiſſum erat in tutela, ut liberis impuberibus in poteſtate conſtitutis teſtamento tutorem daret, hoc conſuetudine paulatim tractum ad pecuniam quoque & fortunas liberorum, ut in his patri liceret liberis in ea ætate, qua ipſi teſtamentum facere non poſſunt, teſtamento hæredem dare, continuata vi patriæ poteſtatis etiam quantum ad bona liberorum attinet, poſt mortem patris uſque in eam ætatem, qua jam ipſi liberi ſibi teſtamentum facere poſſent, id eſt, uſque ad eorum pubertatem, qua adveniente ſubſtitutio expiraret. Atque hoc ipſum 13
in gratiam ipſorum impuberum introductum eſt quibus non ſolùm honorificum, ſed etiam utile viſum, hæredem teſtamentarium, & eum, qui patris judicio datus eſſet, habere, *l.* 42. *de acq. hær.* Ob id autem potiſſimum utile, quòd ea ratione fiat, ut agnatorum inſidiis minùs expoſita ſit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei ſucceſſor futurus ſit: propter quam cauſam cavere olim patres ſolebant, ne pupillares tabulæ vivo adhuc & impubere filio aperirentur, §. *ſin autem* 3. *infr. eod.*

TEXTUS.

De ſubſtitutione mente capti,

1. *Qua ratione excitati etiam conſtitutionem poſuimus in noſtro Codice, qua proſpectum eſt, ut ſi qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuſcumque ſexus, vel gradus, liceat eis, etſi puberes ſint, ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, certas perſonas ſubſtituere: ſin autem reſipuerint, eamdem ſubſtitutionem infirmari ſancimus: & hoc ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, quæ, poſtquàm pupillus adoleverit, infirmatur.*

NOTÆ.

1 *Conſtitutionem*] *leg.* 9. *Cod. de impub. & al. ſubſt.* olim opus erat ſpeciali privilegio, *leg.* 4. *hoc tit.*

Ut ſi qui habeant filios] Licèt non habeant in poteſtate, *d. l.* ubi, *qui vel quæ, teſtatori vel teſtatrici*.

Et ſi puberes ſint] Particula *etſi* implicat etiam reſpectu patris, cujus in poteſtate ſit impubes: & diſſimile eſt, quod profert Pac. ex *l.* 3. *de tutel.*

Certas perſonas] Primùm libèros, ſi quos mente captos habet; ſin minùs, fratres & ſorores: ſi nec fratres erunt, permiſſum ſubſtituere quemlibet, *d. l.* 9.

Si reſipuerint] Ut pupillaris ſubſtitutio finitur pubertate, ita mente capti reſipiſcentia, *d. l.* 9.

COMMENTARIUS.

1 *Qua ratione & conſilio exemplaris ſubſtitutio introducta.*
2 *Utroque parente ſuperſtite & exemplariter ſubſtituente, patris potius, quàm matris ſubſtitutionem ratam eſſe.*
3 *Subſtitutionem exemplarem etiam ad furioſos & prodigos, adeòque ad mutos & ſurdos quoque poſſe porrigi.*
4 *Etiam impuberibus mente captis & à patre, in*

cujus

Digitized by Google

cujus poteſtate ſunt, exemplariter rectè ſubſtitui.

5 *Eum quoque, qui exemplariter vult ſubſtituere, debere ſibi prius teſtamentum facere.*

6 *Si plures ſint mente capti liberi vel fratres, poſſe vel unum ex his ſubſtitui.*

7 *An etiam exhæredatis exemplariter ſubſtitui poſſit.*

8 *An ſubſtitutio exemplaris per reſipiſcentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo.*

HOc §. agitur de ſubſtitutione mente capti, quæ pupillari ſubſtitutioni finitima eſt, atque ejus ſpecies quędam imperfecta: unde à nonnullis quaſi pupillaris dicitur. Veteres interpp.
1 exemplarem vocant, eò quòd ad exemplum pupillaris introducta eſt. Sciendum verò, ante tempora Juſtiniani neque lege, neque moribus licuiſſe parentibus liberis ſuis puberibus teſtamentum facere ſive ſubſtituere prętextu vitii alicujus ſive animi ſive corporis, ob quod ipſi teſtamentum facere non poterant, niſi ut id ſibi liceret, ſpecialiter à Principe impetraſſent, *l. ex facto* 43. *hoc tit.* quod quia vel non ſemper impetrari, aut non ſine magna moleſtia poterat, humanum tamen videbatur, Juſtinianus jus regulare fecit, atque ex privilegiario commune, data parentibus poteſtate, quantumvis non impetrata à Principe licentia, liberis ſuis mente captis, licèt puberes ſint, ad eum modum ſubſtituendi, quo jam antea ex more recepto parens filio impuberi ſubſtituere poterat, nimirum in eum caſum, quo hæredes exiſterent, & in eadem conſtitutione mentis decederent, *l. humanitati* 9. *C. hoc tit.* Utriuſque hujus ſubſtitutionis ſimilitudo & diſſimilitudo oſtendetur in progreſſu.

2 *Qua ratione*] Nimirum eadem illa, quam modò dixit cauſam fuiſſe comparandæ atque in mores inducendæ ſubſtitutionis pupillaris. Hos enim ſignificat, eadem ratione, qua antea receptum fuit, ut parentes liberis impuberibus teſtamentum facerent, quia ſc. liberi ipſi propter ætatem ſibi facere non poterant, ſe excitatum permiſiſſe parentibus ſubſtituere liberis etiam puberibus qui non ſanæ mentis ſunt, & ob eam cauſam ipſi teſtari non poſſunt.

Vt ſi qui] Sine diſtinctione ſexus aut gradus aut poteſtatis parentum: ne quis ex ſimilitudine ſubſtitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantùm referat, qui liberos habent in poteſtate. Etenim ſubſtitutio hæc non ex ratione aliqua juris civilis, ſed ex ſola humanitate, affectione, pietate & cura parentum erga liberos introducta eſt, quę eadem eſt in omnibus parentibus, *d. l.* 9. quod tamen timidiùs diceremus, niſi ipſis legis verbis parentibus omnibus eadem poteſtas tribueretur: *Parenti, qui vel quæ teſtatur, teſtatori, vel teſtatrici.* Poterit igitur mater hoc modo ſubſtituere, & avia, & pater filio emancipato. Quòd ſi mente capto uterque parens ſuperſtes ſit, rationi juris conſentaneum eſt, ut patris potiùs, quàm matris ſubſtitutio rata ſit, ut rectè *Vaſq. lib. 2. de ſucc. prog. §. 17. num. 39. & ſeqq. Don. 6. comm.* 27. quamvis receptum magis, ut cujuſque ſubſtitutio valeat in bonis ab eo profectis, teſte Sichardo *in d. l. 9. num.* 8. quod etiam probant *D. Perez. in Cod. hoc tit. num.* 31. *& D. Tuld. in comm. hic cap.* 10. Sed hoc neque naturæ hujus ſubſtitutionis communis cum pupillari videtur convenire, nam utraque fit bonis liberorum omnibus; & inſolens eſt aliquem cum duobus teſtamentis decedere: quamquam fortaſſis ſubtilitatem iſtam mores hodierni non uſque adeò curent. Atque hæc eſt prima hujus ſubſtitutionis & pupillaris differentia.

Mente captos.] Furioſum quoque mente captum eſſe, id eſt, lumine mentis carere, certum eſt. Sed uſu veterum mente captus à furioſo diſtingui ſolet, & furioſus dici qui rabie quadam agitur; mente captus, qui in quiete magis eſt, nulla ferè ſigna oſtendens extrinſecùs: & dementia plerumque vitium naturale eſt ac perpetuum: furor ſæpè remiſſionem ac intervalla morbi & ſanitatis habet. Hinc dubitatum aliquando, an quæ de mente capto conſtituta ſunt, ad furioſum per interpretationem ſint producenda: quæ dubitatio circa hunc quoque §. & d. l. 9. incidit, propterea quòd utrobique mente capti tantum Juſtinianus meminit. Et verò poteſt aliquando juſta eſſe cauſa dubitandi, veluti cum D. Marcus permiſiſſet filio mente capto uxorem ducere, exorta apud veteres dubitatio fuit, an id quoque ad furioſi filium porrigendum eſſet; quoniam in mẽte captis nullæ ſunt morbi induciæ, furioſi autem plerumque intervallis quibuſdam ſenſu ſaniore ſunt, quod tempus expectandum videri poterat: quam tamen dubitationem ſuſtulit Juſtinianus, producta D. Marci conſtitutione ad furioſi quoque filium, *l. ſi furioſi* 25. *C. de nupt.* Cæterum in propoſito non video, quæ poſſit eſſe dubitandi 3
cauſa, cùm omnino hic eadem ratio ſit utrinſque, & furore intermiſſo liberis ipſis, ſi in poteſtate non ſint, teſtari permiſſum, ac teſtamentum paternum abolere. *Fac. l. ex facto 43. in pr. verſ. nam & ſi hoc tit. l. 2. C. de cur. furioſ.* ubi furioſus & mente captus pro eodem ponuntur. Et rectè igitur Theoph. vertit, *μεμηνότα, ἐξωφρονοῦντα* Quinimò putem, conſtitutionem Juſtiniani ad prodigos, atque adeò ſurdos & mutos quoque liberos porrigendum: quo caſu ipſi teſtari non poſſunt: quæ & communis ſententia eſt, fundata in conſtitutionis humanitate & ratione, quæ his omnibus convenit, nimirum ut qui ipſi ſibi teſtamentum facere non poſſunt, parentes eis faciant, quodque olim non licebat, niſi ex privilegio, nunc liceat jure communi, *Gomez. 1. reſol. 6. nu. 3. & 4. Covar. in c. Raynut. §. 6. nu. 1. Graſſ. §. ſubſtitutio quæſt. 44. n. 4. & 6.* quamvis aliud viſum Viglio hic, *Govean. in d. l. ex facto 43. hoc tit. D. Tuld. in comm. hic c. 10. Perez. in cod. eod. num. 30. arg. leg. quod verò 14. de legib.* cui occurri poteſt ex D. Præſide *loco 70. nu. 18. & ſeqq.* Planè ad phreneticos conſtitutionem nõ pertinere tradunt comm. DD.

Digitized by Google

DD. & probat *Vaſq. d.* §. 17. *num.* 108. *per* verb. conſtitutionis *perpetuo. Graſſ. diſt. quæſt.* 44. *num.* 3.

Vel nepotes] Eadem autem conditio hic exigitur, quæ in ſubſtitutione impuberum, ut nepotes, quibus exemplariter ſubſtituitur, poſt mortem teſtatoris non ſint recaſuri in poteſtatem patris ſui, *l. 2. hoc tit.* Nam & hæc ſubſtitutio teſtamentum liberorum eſt. Qui autem ſunt in poteſtate, nec teſtamentum nec hæredem ex teſtamento habere poſſunt, *l. pen. & ult. C. qui teſt. fac.* Quare &, ſi mater ſubſtituit, mortua ea, ſuperſtite patre mente capti, evaneſcet ſubſtitutio ſecundùm pleroſque: ego arbitrarer, quamdiu pater vivit, ne concedendum quidem matri eſſe, ut ſubſtituat, de quo latè *Vaſq. 2. de ſucceſſ. progr.* §. *17. n. 43. & ſeqq.*

Et ſi puberes ſint] Secunda differentia, quæ principalis eſt inter hanc ſubſtitutionem & pupillarem. Ait, *etſi puberes.* Licetne ergo etiam impu-
4 beribus exemplariter ſubſtituere? De patre, qui emancipavit, non quæritur, nec de matre ſubſtituere volente; quoniam in his terminis ſola exēplaris locum habet: ſed de patre, in cujus poteſtate eſt impubes mente captus. Ratio dubitandi orta à ſimili. Quemadmodū enim curatio agnatorum, in qua lex 12. tab. jubet eſſe furioſos, ad impuberes non pertinet, qui ex jure ordinario in tutela ſunt: *l. 3. de tutel.* ita videri poteſt nec pertinere ad eos hæc extraordinaria ſubſtitutio, cùm pater jure ordinario his ſubſtituere poſſit pupillariter. Sed non ſunt hæc ſimilia: nam finita tutela ſuccedit, & adminiſtrationem bonorum puberis ſuſcipit curator, quem lex aut magiſtratus tutori ſubrogat, ut in omnem eventum hic furioſo proſpectum ſit: finita autem ſubſtitutione pupillari, & durante adhuc mentis alienatione, non ſuccedit exemplaris ſubſtitutio, neque quiſquam eſt, qui hæredem mente capto dare queat. Quamobrem magis eſt, ut dicamus, poſſe patrem etiam exemplariter filio ſubſtituere, ut duret ea ſubſtitutio etiam poſt pubertatem, quamdiu manet eadem mentis conſtitutio, ita & *Duar. in tit. de vulg. & pup. c.* 19. *& DD. comm Vaſq. d.* §. *17. n. 68. Graſſ. d.* §. *quæſt. 41. Diſſent. D. Pacius in not. marg.*

Ad exemplum pupillaris ſubſtit.] His verbis ſignificatur, licere patri filio mente capto ſubſtituere in caſum ſecundum, *Si filius hæres erit*, ut
5 receptum eſt in pupillari. Deinde etiam debere patrem, qui exemplariter ſubſtituit, ſibi priùs teſtamentum facere, ſibique in eo hæredem inſtituere, quàm filio ſubſtituat, perinde ut in ſubſtitutione pupillari, §. *liberis 5. inf. eod.*

Certas perſonas] Differentia tertia. In ſubſtitutione pupillari licet impuberis filio quoſvis ſubſtituere, etiam fratribus ejus præteritis: in ſubſtitutione mente capti non licet: ſed in hac primùm liberi, ſi quos habet, dein, his non extantibus, fratres menti capti ſubſtituendi ſunt; demum ſi nec fratres erunt, permiſſum ſubſtituere quemlibet, *d. l. 9. C. hoc tit.* Et notandum, quòd in conſtitutione adiicitur, non eſſe neceſſe, ſi plures ſint mente capti liberi aut fratres, ut ſubſtituantur omnes, ſed ſatis eſſe vel unum ex iis ſubſtitui, ut 6
valeat ſubſtitutio, licèt reliqui non ſint exhæredati: nihil enim de cæteris exhæredandis exprimitur. Sed &, impune poſſe præteriri, ex eo licet intelligere, quòd adversùs ſubſtitutionem denegatur querela inofficioſi; quod tamen in liberis mente captis vix eſt ut ab iniquitate defendi poſſit, *vid. Vaſq.* §. *17. n. 55. & ſeqq.* Sed de parentum erga liberos affectione benigniùs præſumamus, avumque teſtatorem nepotibus præteritis tantumdem de propriis bonis in compenſationē relicturum. Inducitur vulgo ex verbis d. conſtitu- 7
tionis & alia diſſimilitudo. Nam impuberibus pupillariter ſubſtitui poteſt, etſi nihil eis relinquatur, dummodò exhæredentur: mente captis non aliter ſubſtitui concedit conſtitutio, quàm ſi legitima eis relicta fuerit: & cùm igitur hodie legitima liberis relinquenda ſit titulo inſtitutionis, *Nov. 115.* non aliter teſtamentum paternum conſiſtere, aut querelam inofficioſi evadere plerique exiſtimant, quàm ſi liberi in eo hæredes inſtituti fuerint, ſaltem in parte aut ex re aliqua; quo caſu ſi minus legitima relictum ſit, id quod deeſt, eos conſecuturos condictione *ex l. 30. C. de in off.* nimis enim ſuperſtitioſos eſſe, qui negant ſubſiſtere teſtamentum, niſi tota legitima relicta ſit. Concludunt igitur, exhæredato non rectè, exemplariter ſubſtitui, neque rationem humanitatis pati, ut afflictio addatur afflicto. *Bart. in leg. 43. n. 18. hoc tit. DD. comm. in leg. 9. C. eod. Graſſ. d.* §. *qu. 44. num. 5.* Quibus aſſentiri non poſſum. Nam cùm etiam liberi furioſi à patre exhæredari poſſint, *l. 27. C. de epiſc. aud. l. ult.* §. *5. C. de cur. fur.* quod ſic accipiendum eſt, ut poſſint etiam efficaciter, quamvis nihil eis relictum ſit, modo exhæredentur ex cauſa ingratitudinis ante furorem commiſſæ, quod Bart. quoque *d. loc. num.* 19. & DD. comment. concedunt: *Vaſq. de ſucc. creat.* §. *21. num. 256.* non video, cur non & his exhæredatis poſſit exemplariter ſubſtitui. Sanè verba conſtitutionis non refragantur. Nam quod de legitima relinquenda adiicit Juſtin. id non eò pertinet, ut ſi illa relicta non ſit, teſtamentum ipſo jure ſit nullum, ſed quòd alias per querelam inoff. poſſet everti: cujus querelæ ne hodie quidemvis ulla, ubi ob juſtam cauſam ingratitudinis teſtamento inſertam hæres docere poteſt, exhæredationem factam eſſe: & quod noviſſimè Imp. voluit, legitimam relinqui tit. inſtitutionis, id non hunc habet ſenſum, ſi ita relicta non ſit, utcumque ritè facta ſit exhæredatio, teſtamentum ipſo jure non ſubſiſtere, ſed tunc per querelam poſſe ſubverti: de quo uberiùs *inf. tit. 18. Duar. ad hunc tit. c. 20. Covar. in cap. Raynutius* §. *6. n. 2. & 3. Cocer. hic n. 21.*

Sin autem reſipuerint. infirmari] Deficiente nimirum cōditione hujus ſubſtitutionis: ut enim pupillaris ſubſtitutionis hæc propria eſt, *Si filius impubes deceſſerit.* ita exemplaris hæc propria, *Si mente captus in eadem conſtitutione mentis deceſſe-*

Digitized by Google

ceſſerit: ac proinde ut illa pubertate, ita hæc finitur reſipiſcentia: quomodò veteres quoque principalia reſcripta interpretati ſunt, quibus ſpecialiter aliquibus conceſſum erat, liberis puberibus ob infirmitatem aliquam, propter quam ipſi teſtari non poterant, teſtamentum facere: iniquum enim eſſet, teſtamenti factionem adimere homini ſani ſenſus & mentis, *l. ex facto* 43. *hoc*
8 *tit.* ubi indicatur alius quoque modus, quo hæc ſubſtitutio infirmatur; ſui hæredis agnatio. Quid autem ſi filius in eādem mentis abalienationem reciderit? Zaſius *tract. ſubſt. exemp.* poſt Baldum & Salicet. *in d. l.* 9. *Cod. hoc.* diſtinguit inter modicum & longum intervallum, ut illo caſu duret, hoc evaneſcat ſubſtitutio, quod & *Covar. in d. c. Raynutius* §.6.*n.*11. *probat.* Perezius ad *eund. tit. C.n.*33. indiſtinctè negat, unquam convaleſcere. Vaſquius contra convaleſcere ait, ſed ita, quaſi interim non extinctam, idque etiamſi filius tempore mortis paternæ adhuc ſit ſanæ mentis, *lib.*2. *de ſucceſſ. progreſſ.* §.17.*nu.* 48. *& ſeqq.* quæ etiam eſt communis opinio ſecundùm *Laſon.* & alios à *Vaſq. & Covar.* allegatos. Ratio juris ſuadet, ut dicamus, *cum Donel.* 6. *comm.* 27. ſiquidem filius vivo adhuc patre in eumdem morbum reciderit, magis eſſe, ut ſubſtitutio duret, *arg. leg.* 6. §.2. *de hær. inſt.* §.4. *inf. de hær. qual.* niſi fortè per id tempus, quo ſanæ mentis fuit, ipſe teſtamentum fecerit, *per* §.1. *ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Quòd ſi tempore mortis teſtatoris ſanæ mentis fuerit, evaneſcere ſubſtitutionem, *arg. l. cohæredi* 41. §.8. *h. t.* quæ etiam ſententia videtur *D. Viglii hic n.* 19. malè in contrarium allegati à D. Perezio. *Add. Mantic. de conj. ult. vol.* 5. *cap.* 16. *num.* 24. *& ſeqq.*

TEXTUS.

Proprium pupillaris ſubſtitutionis.

2. *Igitur in pupillari ſubſtitutione ſecundùm præfatum modum ordinata duo quodammodo ſunt teſtamenta, alterum patris alterum filii, tanquam ſi ipſe filius ſibi hæredem inſtituiſſet: aut certè unum teſtamentum eſt duarum cauſarum, id eſt, duarum hæreditatum.*

NOTÆ.

2. *Alterum patris, alterum filii*] Et ideò mors utriuſque expectanda, duæ aditiones neceſſariæ, *l.*2. §.1. *h. t. l.*11. §.1. *ad Treb.* duplex apertura tabularum, ſi pupillares ſeorſum obſignatæ, *l.*8. *teſt. q. ap.* pater una hora ſibi, altera filio hæredem facere poteſt, *l.*16. §.1. *h. t.*

Unum teſtamentum, &c.] Quia unum auctorem habet, unicaque ſolemnitate contentum eſt, *l.*2. §.4. *l.*20. *pr. eod.* quia pupillare pars eſt & acceſſio paterni, §.5. *inf.* & ſi quæ ſimilia. *v.* Hotoman

COMMENTARIUS.

Redit Imp. ad inſtitutam initio diſputationem de ſubſtitutione pupillari. Ait, in ea ſubſtitutione duo quodammodò eſſe teſtamenta. Quæ verba captanda non ſunt. Etenim non hic eorum ſenſus eſt, in pupillari ſubſtitutione, quatenus ſola & per ſe ſpectatur, duo eſſe teſtamenta; quæ oratio implicaret contradictionem: quippe in pupillari ſubſtitutione ſoli pupillo hæres datur, cujus idcircò etiam teſtamentum dicitur, licèt patrem auctorem habeat, *l.*20. *hoc tit. & paſſim:* ea verò pars, qua impubes ipſe aut alius hæres inſtituitur, patris teſtamentum conſtituit, nulloque modo appellari poteſt ſubſtitutio pupillaris. Sed ita accipienda ſunt, ut ſimul comprehendatur ipſa impuberis inſtitutio, ſecundùm formulam in pr. traditam; quod oſtendunt verba ſecundùm præfatum modum ordinata. Hoc ſenſu rectè dicitur, duo hic quodammodò teſtamenta eſſe, alterum patris, alterum filii. Hinc enim eſt, quòd utriuſque mors expectanda, quòd duæ aditiones neceſſariæ, *l.* 2. §. 1. *hoc tit. leg.*11. §.1. *ad Trebell.* duplex item apertura tabularum, ſi pupillares ſeorſum obſignatæ, *l.*8. *teſt. quemad. aper.* quòd pater una hora ſibi, altera filio hæredem facere poteſt, *l.*16. §. 1. *hoc tit.* ſibi per ſcripturam, filio per nuncupationem, & contra, *d. l. patris* 20. *eod. l.*8. *in fin. ſec. tab.* quòd filio ſubſtitutus eo abſtinente non cogitur paternis creditoribus reſpondere, *leg. Iulianus* 42. *de acquir. hered. &* apparet hoc luculentiùs in ſubſtitutione exhæredati.

Unum teſtamentum duarum cauſarum] Rectè quoque, ſenſu diverſo, unum hic eſſe teſtamentum dicitur, *l.*2. §. *prius* 4. *d. l. patris* 20. *hoc tit. l. patremfam.* 28. *de reb. auct. jud. poſſ.* nimirum tum ratione cauſæ efficientis, quia unum dumtaxat auctorem habet; tum formalis, quia unica ſolemnitate contentum, veluti unis ſeptem teſtium ſignaculis, *d. l.*10. tum ratione ſubſiſtentiæ, quia pupillare teſtamentum per ſe non ſubſiſtit, ſed paterni acceſſio eſt, quo rupto, reſciſſo aut irrito facto, ſimul concidit, *d. leg.*2. §.2. *leg.*10. §.3. *leg.*16. §.1. *eod. leg.*11. *teſt. quemad. ap.* §.5. *inf. hoc tit.* Atque hinc eſt, quòd in tabulis patris & filii una Falcidia ſervatur, *leg.*11. §. *quod vulgo* 5. *ad leg. Falc.* quòd juri accreſcendi locus eſt inter patris & pupilli tabularum legatarios, ut inter ſe conjunctos, *leg. planè* 34. §. *ſed ſi* 10. *de legat.* 1. & ſi quæ ſunt alia generis ejuſdem. Conſulatur D. Hotomannus, qui ſingula accuratè perſecutus eſt.

TEXTUS.

Alia forma ſubſtituendi pupillariter.

3. *Sin autem quis ita formidoloſus ſit, ut timeat, ne filius ſuus pupillus adhuc ex eo, quod palam ſubſtitutum acceperit, poſt obitum ejus periculo inſidiarum ſubjaceat,*

vulga-

Digitized by Google

vulgarem quidem ſubſtitutionem palam facere, & in primis teſtamenti partibus ordinare debet: illam autem ſubſtitutionem, per quam ſi hæres extiterit pupillus, & intra pubertatem deceſſerit, ſubſtitutus vocatur, ſeparatim in inferioribus partibus ſcribere debet, eamque partem proprio lino, propriaque cera conſignare: & in priore parte teſtamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam eſt, non ideò minùs valere ſubſtitutionem impuberis filii, quòd in iiſdem tabulis ſcripta ſit, quibus ſibi quiſque hæredem inſtituiſſet: quamvis pupillo hoc periculoſum ſit.

Notæ.

3. *Periculo inſidiarum*] Gajus *lib. 2. tit. 4.* nimirum propter ſubſtitutos inſidiis infames, *v.* Svet. *in Galba cap. 9.* quod ex Orat. *pro Cluent.* refertur *in l. 39. de pen.*

Proprio lino] Vide comment. infrà. Exempla ſubſtitutionis pupillaris factæ in ima cera, ſive ultima parte tab. habes in *l. ult. de fideic. liber. l. 8. §. ult. ſec. tab.*

In priore parte cavere] Etſi non cavit, voluiſſe tamen intelligitur, qui ſeparatim obſignavit tabulas pupilli, *l. 8. teſt. q. ap.*

Commentarius.

Quia ſubſtitutio hæc pupillo periculoſa videtur, conſilium hoc loco parentibus datur, ut eam in ima parte tabularum ſcribant, linoque proprio trajecto conſtrictam obſignent, caveantque, ne vivo & adhuc impubere filio aperiantur.

Periculo inſidiarum ſubjacens] Vulgaris ſubſtitutio rariùs periculum liberis impuberibus creat, quia adita hæreditate ſpes omnis ſucceſſionis ſubſtituto præciditur. Poteſt tamen & ipſa cauſam præbere inſidiis. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent.* legimus, mulierem quamdam Mileſiam, accepta à ſecundis hæredibus pecunia, partum ſibi medicamentis abegiſſe: cujus rei meminit Triphon. *leg. Cicero 39. de pæn.* Citiùs autem periculum metuitur à ſubſtituto pupillariter, ſi is mortuo patre, pueri cuſtode, ſe eſſe ſubſtitutum cognoſcat: hic enim majorem occaſionem habet vitæ pupilli ſtruendi inſidias, eumque, antequàm pubeſcat, è medio tollendi. In cujuſmodi ſcelus impulſus hac occaſione fuit tutor ille, quem Sergius Galba ob id cruce affecit; nimirum quòd pupillum, cui ſubſtitutus hæres erat, veneno necaſſet, *Sveton. in Galb. cap. 9.* Scilicet ea vulgò eſt hominum improbitas, ut ſpe luculentæ hæreditatis aut ſimilis lucri, quod poſt obitum alicujus ſe percepturos certò ſciunt, facilè impellantur ad affectandam illius mortem. Notum eſt illud Perſianum *ſatyr. 2.* de improbo inſidiatore pupilli, cui hæres ſubſtitutus erat;

—— Pupillumve utinam, quem proximus hæres
Impello, expungam.

Eodemque pertinent illa Horatii *lib. 2. ſatyr. 5.*

Arrepe officioſus, & ut ſcribare ſecundus
Hæres, ut ſi quis caſus puerum egerit Orco,
In vacuum venias.

Primis teſtamenti partibus] Tabulæ teſtamenti in plures partes dividi poſſunt, ſingulæque partes ſeorſum obſignari, ita ut priores ſine poſterioribus commodè aperiri & reſignari queant. Primam teſtamenti partem Horatius *d. ſatyr. 5. primam ceram* vocat, ſicut Tranquillus in Julio c. 83. partes inferiores, *imam ceram.* Cicero *Verr. 3. extremam ceram codicis.* Quod intelligendum eſt è conſuetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis ſcribere ſolebant. Quamvis interdum etiam chartis & membranis uterentur, *§. nihil autem 12. ſup. de teſtam. ord. conſule D. Salmaſ. lib. de mod. uſur. c. 11.*

Separatim in inferioribus partibus] Exempla ſubſtitutionis pupillaris factæ in infima ſive noviſſima parte teſtamenti habemus apud Marcell. *l. ult. de fideic. lib. Paul. l. ult. ad ſen. Treb. Ulp. l. 8. teſt. quem. ap.* quo loco etiam hoc ſcribit Juriſconſultus, prætorem non pati ſine cauſæ cognitione aperiri tabulas pupillares, quas ſeparatim ſignatas teſtator relinquit, quamvis expreſsè non caverit, ne aperiantur: quia ſc. prætor exiſtimat, id nullo modo è re pupilli futurum eſſe.

Proprio lino] Significat, teſtamenti tabulas diverſo lino ita ligandas eſſe & complicandas, ut lino inciſo ſingulæ per ſe commodè aperire poſſint. Lini, quo tabulæ ligantur, mentio fit pleriſque locis, *l. Aurelius 28. §. 1. de lib. leg. 1. §. pen. & ult. de bon. poſſeſſ. ſec. tab. l. pen. Cod. de teſtam. apud Lucian. in Timone, Sveton. in Neron. cap. 17. Adversùs falſarios tunc primum repertum, ne tabulæ niſi pertuſæ, ac ter lino per foramina trajecto, obſignarentur. Add. Alciat. 4. parad.* Caſus 2. *Inſt. 4.* de hac cautela ſic ſcribit; *Sed pupillaris ſubſtitutio ita ſecreta eſſe debet, ut ad notitiam ſubſtituti pervenire non poſſit, ne vitæ pupilli ſubſtitutus aliquas inſidias molitur. Nam in extrema pagina teſtamenti fieri debet, ut pars illa, in qua pupillaris ſubſtitutio ſcripta eſt, quamdiu pupillus annos pubertatis egrediatur, obſignata permaneat, & prior pars teſtamenti, in qua hæres ſcriptus eſt, referatur.*

Cavere, ne inferiores tabulæ aperiantur] Pupillares tabulas aperiri plerumque vetabat parens, *leg. 3. Cod. quemadm. teſt. ap.* aut vetuiſſe intelligebatur, ſi ſeorſum eas ſignatas reliquiſſet, *leg. 8. ff. eod.* Quæſieris, quid juvet, hanc adhibuiſſe cautionem, cùm qui in vulgarem caſum impuberi à patre ſubſtitutus eſt, etiam in caſum pupillarem ſubſtitutus eſſe intelligatur ex conſtitutione D. Marci, *leg. 4. hoc tit.* nam facta palam ſubſtitutione vulgari, etiamſi altera celetur, in idem incommodum incidi; quia ſubſtitutus ignorare

Digitized by Google

non poteſt, mortuo impubere, ſe ei hæredem fore ex racita pupillari. Sed facilis eſt reſponſio, nimirum ex conjectura volunratis hoc introductum, ut ſubſtitutioni vulgari expreſſæ, pupillaris inſit: in voluntate teſtatoris manifeſtè contraria ſecus eſſe, *d. leg.* 4. §. 2. *& leg.* 4. *Cod. eod.* Neque enim unquam in re manifeſta, aut ubi de voluntate conſtat, præſumptionis aut conjecturis locus eſt, *leg. continuus* 137. §. 1. *in fin. de verb. obl.* Quamobrem cùm in caſu præſenti ex priore teſtamenti parre conſtet, teſtatorem expreſsè aliquem filio ſubſtituiſſe in imis tabulis, quas filio vivo & adhuc impubere aperire vetuit, nihil certi ſibi promittere ſubſtitutus poteſt de ſucceſſione pupilli, cùm ſcire non poſſit, ipſumne, an alium teſtator in ſecundum caſum ſubſtituerit.

Non ideo minus valere] Igitur Juſtinianus hic non imperat, ſed ſuadet. Conſilium eſt, non præceptum, & ut Græci *οὐ νόμος, ἀλλὰ παραίνεσις*; neque enim eo minus valet pupillaris ſubſtitutio, quòd ſcripta eſt in iiſdem tabulis, quibus teſtator ſibi hæredem inſtituit. Quin etiam ſibi in tabulis teſtamentum facere pater poteſt: filio impuberi per nuncupationem ſubſtituere, *l.* 8. *in fin. ſec. tab. l. patris* 20. §. 1. *h. t.*

TEXTUS.

Quibus ſubſtituitur.

4. *Non ſolùm tamen heredibus inſtitutis impuberibus liberis ita ſubſtituere parentes poſſunt, ut ſi hæredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, ſit eis hæres is, quem ipſi voluerint: ſed etiam exhæredatis. Itaque eo caſu, ſi quid exhæredato pupillo ex hereditatibus, legatiſve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquiſitum fuerit, id omne ad ſubſtitutum pertinebit. Quæcumque diximus de ſubſtitutione impuberum liberorum, vel hæredum inſtitutorum, vel exhæredatorum, eadem etiam de poſthumis intelligimus.*

NOTÆ.

4. *Sed etiam exhæredatis*] *leg.* 2. §. 2. *leg.* 10. §. 5. *hoc tit.* Ulpian. *tit.* 23. §. 7. quia pater non ſuis bonis ſubſtituit, ſed impuberis, videlicet jure poteſtatis, *d. l.* 10. §. 5. quo & tutorem dat, *l.* 4. *de teſt. tut.* Formula: *Titius hæres eſto: filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres eſto.*

Ex hæreditatibus legatiſve, &c.] *d. l.* 10. §. 5. Non tamen poteſt pater ab exhæredato legatum relinquere, *l.* 41. §. 3. *t.* neque à ſubſtituto exhæredati, *l.* 41. § 3. *de teſt. mil.* Legatum onus eſt: hæredem habere non eſt.

Etiam de poſthumis] *l.* 2. *eod.* exempl. *in l.* 46. *h. t. l. ult. C. de inſtit. & ſubſt.*

COMMENTARIUS.

1 *Formula ſubſtitutionis pupillaris exhæredato facta.*
2 *Malè in vulgatis codicibus interpungi* l. miles 41. §. 4. de teſt. milit.
3 *Patrem ab exhæredato filio ejuſve ſubſtituto legare non poſſe.*
4 *An exhæredatio extinguat jus ſuitatis. Quæſtio ſubtiliſſima.*

SEd etiam exhæredatis] Non ait, præteritis, quia ſic teſtamentum patris ipſo jure nullum eſſet, *leg.* 1. *de injuſt. rupt. l. inter cætera* 30. *de libr. & poſth.* Exhæredatis autem rectè ſubſtituitur, *l.* 1. §. 2. *leg.* 10. §. *ad ſubſtitutos* 9. *hoc tit.* nimirum jus hoc ſubſtituendi, ut & tutores dandi, non ab inſtitutione hæredis, ſed à poteſtate patris pendet. Quippe qui non ſuis bonis, ſed impuberis ſubſtituitur, quo argumento utitur *Ulp. de l.* 10. §. 5. Quamobrem etſi hodie bonorum adventitiorum proprietas patri non quæritur, non eò tamen minùs ſubſtituere filio exhæredato poterit. Neque in eo injuria fit exhæredato, quòd pater ei hæredem dat: quin potiùs ad utilitatem pupilli hoc ſpectare creditur, *leg. Iulian.* 42. *de acq. hær.* 1
Fac. leg. 6. *in pr. de interrog. in jur.* Sed quibus verbis hæc ſubſtitutio concipienda eſt? Non enim poteſt concipi eadem formula, qua utimur in ſubſtitutione filii hæredis inſtituti, *Si hæres erit, & intra pubertatem decedet.* Nimirum poſterior tantùm hujus conditionis pars exprimenda. Formula hæc ſit; *Titius hæres eſto: Filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres eſto.* Ex quo apparet, veram hic ſubſtitutionem nullam eſſe, ac ne vix quidem coloratam, ut monui initio hujus tit.

Pupillos ex hæreditatibus legatiſve] Nam uti modò dictum eſt, non ſuis, ſed impuberis bonis teſtator ſubſtituit. Turbavit hic multos vitioſa
lectio *l. miles* 41. §. 4. *de teſt. mil.* Sic enim is locus 2
in vulgatis codicibus legitur; *Exhæredato miles & emancipato filio ſubſtituere poteſt. Verum hoc jus in his exercebitur, quæ ab ipſo ad eum, cum ſubſtituit, pervenerunt: non etiam in his, quæ habuerit, vel poſtea acquiſierit.* Quòd ſi exhæredato filio à milite ſubſtitutus ea tantùm accipit, quæ à teſtatore profecta ſunt, nihil ampliùs ei tribuendum, ſi ſubſtitutus ſit à pagano. Cæterum alia omnia ratio juris efflagitat: nec reſponſum iſtud, ſi ita legas, defendi poteſt à ſumma abſurditate. Quod cùm animadverteret D. Viglius, auſus eſt, quamquam nullius fretus codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dictioneque *exhæredato*, in calcem præc. §. tranſpoſita, novum ſic inchoare: *Miles & emancipato filio, &c.* quam viri doctiſſimi & prudentiſſimi interpunctionem poſtea compertum eſt *Piſani codicis auctoritate confirmari*.

Ad ſubſtitutum pertinebit] Hoc igitur certò conſtitutum eſt, licere patri ſubſtituere filio impuberi etiam exhæredato, atque ex hac ſubſtitu-

tione

Digitized by Google

tione ad ſubſtitutum pertinere adventitia ex-
3 hæredati emolumenta. Sed hac occaſione duo quæſita ſunt: primum, an quemadmodum pater exhæredato rectè ſubſtituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommiſſum rectè relinquat: alterum, an à ſubſtituto exhæredati legatum aut fideicommiſſum dare valeat. Primũ quod attinet, placet, patrem à filio, quem exhæredavit, legare aut fideicommiſſum relinquere non poſſe, *l. cohæredi 41. §. 3. hoc tit.* alia enim ratio eſt ſubſtitutionis, alia legatorum ſive fideicommiſſorum. Legata & fideicommiſſa onera ſunt: an proindè aliis imponi non poſſunt, quàm iis, quos defunctus honoravit, & tantùm pro modo relicti, *d. l. cohæred. §. 3. l. 2. §. ſciendum 6. de legat. 3. l. 9. Cod. de fideic.* Subſtitutio verò onus nullum continet (neque enim onus eſt hæredem habere) ſed eſt proviſio pertinens ad commodum ipſius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero. Nam ſi ab exhæredato legari non poteſt, nec poterit à ſubſtituto ejus. Ratio enim non patitur, ut plus juris habeat teſtator circa perſonam ſubſtituti, quam habet in eo, cui ſubſtituit, *l. qui fundum 87. §. qui filios 7. verſ. dices aliquis, ad leg. Falc. l. ab exhæredati 126. de legat. 1.* Planè quemadmodum filius exhæredatus, ſi legatum vel fideicommiſſum à patre accepit, fideicommiſſo itidem à patre gravari poteſt, *d. l. cohæredi. § 3.* ita & eo caſu poterit ſubſtitutus, ſi juris rationem ſpectes, *l. 3. §. 1. de legat. 3.* Contrarium tamen in odium exhæredationis conſtituit Juſtinianus, *leg. cum quidam 28. C. de legat.* ut benè obſervavit D. Viglius. Ne olim quidem, ut hoc obiter addam, legari à ſubſtituto exhæredati poterat, quantumvis legatum etiam amplum à patre accepiſſet, *leg. miles 41. §. 3. de teſt. mil.* nimirum quia ex ratione juris veteris legata à legatario ejuſve hærede non rectè relinquebantur, at benè fideicommiſſa, *inf. de ſing. reb. per fideic. rel. in pr. d. leg. 5. §. 1. de legat. 3.*

Eadem etiam de poſthumis intelligimus] Quæſtionem, an hodie poſt *Nov. 115. c. 3.* poſthumus exhæredari, & conſequenter, an ei exhæredato ſubſtitui poſſit, alii loco reſervamus. Illud pro
4 coronide hic indagare lubet: verumne ſit, quod nonnullis viſum eſt, per exhæredationem tolli jus ſuitatis. Nam ſi hoc verum eſt, concidit in totum doctrina hujus §. quandoquidem ſuis tantùm hæredibus ſubſtitui poteſt, *l. 2. in pr. hoc tit.* Verum autem eſſe, hiſce argumentis probari videtur. Primum ſi exhæredati nec hæredes quidẽ ſunt, nec ſui hæredes dici poſſunt; cùm non entis nulla ſit qualitas, atque ut in ſcholis ratiocinantur, *ab eſt ſecundi adjecti ad eſt tertii adjecti valeat conſequentia negando.* Hæredes autem non eſſe, teſtatur Juriſconſultus *leg. 1. §. pen. de ſuis & legit.* Ratio etiam juris manifeſta eſt, quia nec ex teſtamento nec lege eis defertur hæreditas, ut pleniùs oſtendimus in *§. cum autem 7. inf. de hær. quæ ab int.* Secundò inter ſuos hæredes numerari non poteſt, qui pro mortuo habetur: at exhæredatus habetur pro mortuo, *leg. 1. §. ſed & ſi 5. de conjung. cum emanc. lib.* Poſtremò ſui hæredis jus per exhæredationem dicitur abſciſſum eſſe, *leg. 9. §. 2. de lib. & poſth.* Ex contrario verò non tolli per exhæredationem jus ſuitatis, duobus argumentis perſpicuè evincitur. Unum petitum eſt à definitione: nam ſi ſui hæredes non liberi omnes defuncti, qui eo tempore, quo moritur, in poteſtate illius ſunt, & primum in familia locum obtinent, non poteſt non filius exhæredatus eo tempore inter ſuos hæredes numerari, niſi dicamus, quod inauditum eſt, exhæredatione ſolutum fuiſſe jus patriæ poteſtatis Nec mihi objeceris, jus ſuitatis non ex eo ſolùm æſtimari, quòd quis in poteſtate ſit, & primum gradum in familia teneat; verùm etiam, & maximè ex cauſa ſucceſſionis: exhæredatum autem à ſucceſſione excludi. Etenim quãdiu pater vivit, exhæredationis nulla vis eſt, eoque etiam mortuo adhuc in irritum redigi poteſt, deſtituto vel reſciſſo per querelam inofficioſo patris teſtamento, *l. filium 20. in pr. cont. tab.* ut proinde jus filii ſui hæredis per exhæredationem ſublatum fuiſſe non dici poſſit. Alterum argumentum ſumitur ab effectis ſuitatis propriis. Primùm ex eo, quòd, ut hoc §. docetur, filio exhæredato rectè pater pupillariter ſubſtituit. Suum autem hæredem eſſe oportet, cui ita ſubſtituatur, *l. 2. hoc tit.* Secundò, quod, cùm tutor teſtamento dari non poſſit niſi ei, quem quis in ſuis hæredibus, cum moritur habuit, *l. quo tutela 73. §. 1. de reg. jur.* rectè nihilominus detur exhæredato, *l. 4. de teſt. tut.* Tertiò, quòd exhæredati filii perſona obſtet nepoti, quominùs ſuus hæres fiat avo, & præteritus quaſi agnaſcendo rumpat avi teſtamentum, *l. 6. pr. de injuſt. rup. teſt. l. 7. unde lib.* Si enim per exhæredationem perimeretur jus ſuitatis, nepos protinus occuparet locum patris, atque in ſui hæredis locum ſuccedendo avi teſtamentum rũperet, non ſecus ac is rumpit, cujus pater mortuus aut emancipatus eſt, *§. 2. ſup. de exhær. lib. l. 13. de injuſt. rupt.* Poſtremò à jure quoque ſuitatis procedit, quòd filio, qui in poteſtate eſt, exhæredato, ad tranſmittendam querelam nec bonorum poſſeſſio, nec aditio hæreditatis neceſſaria eſt. Cur enim alioqui contra filius emancipatus niſi iſta fecerit, non videtur litem præparaſſe? *l. 7. de inoff. teſtam.* Neque verò adeò difficilis reſponſio eſt ad argumenta duo poſteriora, quibus diximus probari videri, exhæredatione jus ſui hæredis planè extingui. Etenim quod Ulpian. ait *d. l. 1. §. ſed & ſi de conjung. cum emanc. libr.* patrem exhæredatum pro mortuo haberi, verum quidem eſt, non autem ſimpliciter, ſed quod ad illud edictum de quo agitur, attinet; ne ſcilicet, pater emancipatus, exhæres factus, impediat, quominùs nepos in poteſtate retentus & præteritus bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſolus petat, aut ſi concurrat patruus, partem bonorum dimidiam conſequatur; cùm ſi pater exhæredatus non fuiſſet, ex edicto filio jungeretur. Eodem modo reſponderi poteſt ad *d. l. 9. §. 2. de lib. & poſt.* jus filii eo loco abſciſſum dici comparativè,

Digitized by Google

reſpectu ſc. ejus, qui apud hoſtes eſt, cujus jura omnia in ſuſpenſo retinentur propter ſpem poſtliminii. Aut ſi magis placet emendatio Ant. Fabri 10. *conj.*12. pro illis verbis, *filii jus*, lege, *illius jus*: ut hoc referatur ad nepotem, cujus ſanè jus per exhæredationem patris penitus abſciſſum eſt; in tantum, ut nec defuncto ante aditam hæreditatem patre ad ſucceſſionem avi admittatur, *d.l.*9.*§.*3.*d.l.*6.*de injuſt.rupt.teſt.l.*7.*unde lib.* quæ emendatio eò probabilior eſt, quia & ſententia Juriſconſulti locus ſic reſtitutus meliùs convenit, & lectio loci mirè variat, ut videre eſt apud *Accurſ. Bart. Alciat.* & in editione Rubert. Stephani. Majorem difficultatem habet argumentum, quod primò propoſitum fuit: utique enim cùm verum ſit, exhæredatum morienti patri hæredem non exiſtere, conſequens eſt, nec ſuum eſſe, quo tempore pater moritur; alioqui neceſſariò poteſtate juris ſtatim hæres exiſteret, & obſtaret hæredi inſtituto, quominùs ipſe directè hæres eſſe & jure civili hæreditatem cernere poſſet, *arg.l. ult. de acq. hær.* quod falſum eſſe patet ex *d.l.*6.*in pr. de injur.rupt.teſt.l. filium* 20.*de bon. poſſ. cont. tab.* Quamobrem ſic omnino ſtatuendū arbitror, vivo adhuc patre, cui teſtamentum mutare licet, exhæredationem non impedire, quominùs filius exhæredatus adhuc inter ſuos hæredes habeatur: atque ideò nepotibus ex ſe natis obſtare, quominùs in locum ipſius & gradum adſcendant. Sed & poſt mortem patris, quamdiu adhuc ab inteſtato ſuccedere poteſt, pro ſuo interim haberi, quoniam reſciſſo aut deſerto patris teſtamento ſuus hæres nihilominùs patri exiſtit, perinde ac ſi nulla exhæredatio intervenisſet, *d.l.filium* 20.*cont.tab.l.*8. *§.pen. de inoff.teſtam.* Verùmenim verò ſi exhæredatio confirmata fuerit adita ex teſtamento hæreditate, hac conſideratione exhæredatus ampliùs pro ſuo haberi non poteſt, cùm verum ſit, eum patri ſuum hæredem non extitiſſe, nec exiſtere poſſe, *d.leg.*1. *§.pen.de ſuis & legit add.Gomez.*t.*reſ.*11.*num.* 9. *Hotom.* 9. *obſ.* 10. *Ant. Fab.* 9. *conj. ult. Chriſtin. vol.* 4. *dec.* 16.*n.* 4. *Bachov. hic. add. Val. Reiner. deciſ.* 6. *diſp.* 1. *theſ.* 4.

TEXTUS.

Pupillare teſtamentum ſequela paterni.

5. *Liberis autem ſuis teſtamentum nemo facere poteſt, niſi & ſibi faciat: nam pupillare teſtamentum pars & ſequela eſt paterni teſtamenti: adeò ut ſi patris teſtamentum non valeat: nec filii quidem valebit.*

NOTÆ.

5. *Niſi & ſibi faciat*] *d. l.* 2. *§.* 1. imò niſi ſibi priùs faciat, deinde filio; nec converſo modo à filii teſtamento incipiat, *d.leg.*2. *§.*4. *& ult.* utique ſi ex intervallo diverſiſque tabulis ſibi pater hæredem ſcribat, & filio ſubſtituat, quod facere poteſt, *l.*16.*§.l.*20.*§.*1.*eod.* Cæterum ſi conjunctim, eodem tempore ac contextu utrumque fiat, licet ordinem convertere, veluti ſi ita ſcribat, *Si filius meus intra pubertatem deceſſerit, Sejus hæres eſto: Filius hæres eſto, d. l.* 3. *§.* 5.

Nec filii valebit] Fac. ratio in *l.* 129. *§.* 1. *l.*178. *de reg.jur.c.acceſſorium, eod.in* 6. puto tamen hodie tabulas pupillares non infirmari, quamvis exhæredatus querelam inoff. teſtamenti obtinuerit, per *Nov.*115.*c.*3.*in fin.*

COMMENTARIUS.

1 *Patrem priùs ſibi debere teſtamentum facere, deinde filio, nec converſo modo à filii teſtamento incipere; niſi conjunctim unoque textu utrumque fiat.*

2 *Patris teſtamento non ſubſiſtente, & filii nullum eſſe, aut corruere.*

3 *Cur reſciſſo per querelam teſtamento patris, ſubſtitutio pupillaris concidat, petita cont. tab. bonorum poſſeſſione non item.*

4 *Iure noviſſimo etiam expugnato per querelam teſtamento patris ſalvam manere ſubſtitutionem pupillarem.*

PErmiſſum quidem patri eſt, ſuo teſtamento perfecto, alio tempore filio teſtamentum facere, *l.*16.*§.*1. *hoc tit.* ſibi per ſcriptum, filio per nuncupationem, vel contra, *l. patris* 20. *eod.* & vel inſtituto filio vel exhæredato. Cæterum neceſſarium omnino eſt, ut ſibi quoque hæredem faciat, qui filio vult facere, *l.*2.*§.*1. *eod.* Incongruum enim viſum eſt, eum, qui ipſe inteſtatus decedere cupit, filio ſuo hæredem teſtamento dare: tantumque conceſſum patri ſibi teſtamentum facienti, ſimul filio impuberi proſpicere. Ex quo efficitur, teſtamentum patris principale eſſe, filii acceſſorium & paterni appendicem; ac proindè hoc ſine illo non conſiſtere, ex tritiſſima juris regula, *l.nihil dolo* 129.*§.*1.*de reg. jur.c.acceſſorium, eod.in* 6. Cæterum hoc in paganis obtinet; militi enim ex privilegio indultum ut ſoli filio hæredem facere poſſit, tametſi ſibi non fecerit, *d.l.*2.*§.*1. *l. in fraudem* 15. *§. pen. de teſt. mil.*

Niſi & ſibi faciat] Imò, niſi priùs faciat, deinde filio; nec converſo modo à filii teſtamento incipiat, 1 *d.l.*2.*§.prius* 4 *& §. ult.* Quippe hic ordo naturæ eſt, ut ſit & præcedat aliquid principale, cui quid accedere volumus, quod per ſe ſolùm ſubſiſtere nequit. Filii autem teſtamentum ſequela eſt & acceſſio paterni, ita ex paternis tabulis pendens, ut ſine illis non ſubſiſtat. Meritò itaque Juliani ſententia reſcripto Imperiali comprobata eſt, patrem priùs ſibi debere, deinde filio hæredem ſcribere, neque hunc ordinem convertendum eſſe, incipiendumve à teſtamento filii, *d. l.* 2. *§.*4. Minimèque audiendus eſt Goveanus, qui *lib.*1. *var.lect. in d. §.* 4. pro *comprobata* reponit *improbata*, motus ratione, qua Ulpianus mox utitur, quia conſtet, unum eſſe teſtamentum. Nam iſta ratio non evertit Juliani ſententiam, ut Goveano

véaño videtur, ſed confirmat. Obiici quippe poterat, duo hic teſtamenta eſſe, unum patris, alterum filii, §.2. *ſup. eod.* ac proinde parum referre, ab utro incipiatur. Cui objectioni occurrit Ulpianus, tacitè ſignificans, ſi revera duo diverſa hic eſſent teſtamenta, facilè ſe conceſſurum, nihil intereſſe, utrùm prius poſteriuſve factum ſit: ſed quia unum dumtaxat revera teſtamentum eſt, quod duas quidem partes habeat, ſed quarum illa, qua hæres inſtituitur filio, pendeat ex altera qua hæres inſtituitur patri, rationem exigere, ut ea pars præcedat, quæ principalis eſt, ſequatur altera, quæ ex priori dependet, & ſine ea conſiſtere non poteſt. Atque hæc ita obtinent, ſi ex intervallo diverſiſque tabulis pater ſibi hæredem ſcribat & filio ſubſtituat. Si verò conjunctim eodem tempore ac contextu utrumque fiat, placet ſubſtitutionem valere, licèt converſa ſcriptura filii teſtamentum factum fuerit. Veluti ſi quis ita ſcripſerit, *Si filius meus intra pubertatem deceſſerit, Sejus hæres eſto. Filius hæres eſto, d.l.2. §. ſed ſi 5.* & meritò. Quia in conjunctionibus nullus ordo eſt, nec quicquam intereſt, utrùm prius, utrùm poſterius dicatur ſcribaturve, teſte Alfeno, *l. cum quidam 14. de pœnl. leg. fac. l. ſi ita 28. de hær. inſt.* Ad hunc modum hæc explicant *Zaſ. ad d.l.2.§.4.n.8. Duar. in comm. ad hunc tit. cap. 14. Vigl. hîc*, citans *Iaſon. & DD. ultramontanos*. Angelus etiam communem hanc eſſe ſententiam teſtatur.

Nec filii quidem valebit] Nam, ut dictum eſt, cum principalis cauſa non ſubſiſtit, ne ea quidem, quæ ſequelæ & acceſſionis vicem obtinent, conſiſtere poſſunt, *l. nihil dolo. 129. §* 1. *l. cum prin-*
2 *cipalis 178. de reg. iur. c. acceſſorium. eod. in 6.* Hinc fit, ut non tantùm ab initio pupillares tabulæ non ſubſiſtant, ſi patris teſtamentum ab initio nullum ſit; verùm etiam corruant, ſi patris teſtamentum, quod rectè factum erat, poſtea infirmetur, puta aut rumpatur agnatione vel quaſi agnatione ſui hæredis, *l. 2. in pr. hoc tit.* aut inofficioſum in totum pronuntietur, *l.8.§. ſed nec 5. in fin. de inoff. teſt.* aut irritum fiat teſtatore capite minuto, aut non adita ex teſtamento hæreditate, *d. l.2.§.1. l. 10. §. eod.* Planè ſi ſuus hæres teſtamento patris ſit inſtitutus, puta pupillus ipſe, nihil ampliùs ad confirmationem teſtamenti deſideratur, quàm ut is mortuo patri ſit ſuperſtes, licèt ſe abſtineat: nam vel nudæ ſui hæredis exiſtentiæ hæc vis eſt, ut confirmet tabulas pupillares, *l. 12. h. tit.* de quo plenè ſcripſimus ad *pr. hujus t.*
3 Illud alicui mirum videatur, quod cùm reſciſſo per querelam teſtamento ſubſtitutio pupillaris concidat, eam tamen placeat valere, cum prætérito filio contra tabula bonorum poſſeſſio petita eſt, *l. ex duob. 34. in fin. & ſeq. eod.* non enim minus ſic teſtamentum reſcinditur, reditque res ad cauſam inteſtati, quàm ex cauſa inofficioſi, *l. ut lib. 17. C. de collat.* Ego hoc ex eo eſſe puto, quod querelæ inofficioſi hic color prætexitur, quaſi teſtator ſanæ mentis non fuerit, cùm teſtamentum ordinaret, *l.2. l.13. de inoff. teſt.* ut proindè eo reſciſſo perinde omnia haberi debeant, ac ſi teſtamentum nullum factum eſſet, aut ab eo factum qui teſtamenti factionem non habuit, nihil ut ex eo teſtamento valeat, *l.8.§. pen. l. cum mat. 28. d. tit.* Hoc autem prætextu non petitur aut conceditur contra tabulas bonorum poſſeſſio. Occurrit etiam, quod prætoria remedia non ultra operantur, quàm prætor voluit, *l. in conventional. 52. de verb. obl.* Cùmque prætori hoc curæ ſit, ut beneficii ſui fines ſic regat, ut quàm poteſt minimum detrahat juri civili, & omnino ne cui noceat, credibile eſt, ob hanc cauſam noluiſſe eum vim auxilii ſui porrigi ad tabulas pupillares; ne, dum aliis opitulatur, utilitatem impugnet pupilli. Ad hæc nec prætor ipſe omnino pro nullo habet teſtamentum, contra quod bonorum poſſeſſionem pollicetur: nam ſi hoc ſeptem teſtium ſignis ſignatum ſit, etiam ſcriptis in eo hæredibus, dat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, ſcil. ſi liberi præteriti, quorum cauſa potior eſt, non petant, *leg. 2. in pr. ſecund. tab.* Ut adeò nihil mirum ſit, ſubſtitutionem pupillarem, quæ edictum prætoris non offendit, ſalvam manere. Qua de re vide quæ ſuperiùs diſputavimus ſub *tit. de exhær. l.* Hodie ex novella Juſtiniani lege, etiamſi per querelam inofficioſi teſtamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris ſubſtitutio ſalva manebit, quemadmodum & legata cæteraque capita ſirma manent præter inſtitutionem. *Nov. 115. c. 3. in fin.* unde *auth. ex cauſa, Cod. de libr. præt. & ibi comm. DD.* Equidem ſcio, Dynum & Petrum à Bellapert. contendiſſe, ea tantùm ex novella iſta lege reſciſſo teſtamento ſalva manere, quæ inſtitutionem hæredis non deſiderant, veluti legata, fideicommiſſa, libertates, tutorum dationes: ſecus adhuc eſſe in iis, quæ hæredis inſtitutionem requirunt, ut pupillaris ſubſtitutio; idque & Covaruviæ probari *in cap. Raynut. §. 6. num. 3.* Cæterum mihi verba illa Novellæ, *& alia capitula*, non ob aliam cauſam videtur addidiſſe Juſtinianus, quàm ut omnia capita comprehenderet extra inſtitutionem: ac licèt pupillaris ſubſtitutio & ipſa ſit inſtitutio, palam tamen eſt illic per inſtitutionem, quæ irrita eſſe jubetur, intelligi inſtitutionem primam, qua ſcil. pater ſibi hæredem ſcripſit, non qua filio, quæ tantùm pars eſt & ſequela paterni teſtamenti: pertinet denique etiam ad utilitatem pupilli, ut ſalva maneat ſubſtitutio, ob quam cauſam & olim everſo per bonorum poſſeſſionem cont. tab. teſtamento patris conſervata fuit, *l. ex duobus, in fin. cum l. ſeq. hoc tit.*

TEXTUS.

Quot liberis ſubſtituitur.

6. *Vel ſingulis autem liberis, vel ei qui eorum noviſſimus impubes morietur, ſubſtitui poteſt. Singulis quidem, ſi neminem eorum inteſtatum decedere voluerit: noviſſi-*

Digitized by Google

mo, ſi jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos cuſtodiri velit.

COMMENTARIUS.

1 *An poſtquàm mater unà cum fratribus defuncti ad legitimam hæreditatem vocata eſt, adhuc locus ſit diſpoſitioni hujus §.*

2 *An non ſaltem, quo mater excludatur, dici poſſit, fratres per fideicommiſſum mortuo ſubſtituto poſſe.*

QUi plures liberos impuberes habet, ſi neminem eorum inteſtatum decedere velit, poteſt ſingulis, quos voluerit ſubſtituere, aut ipſos invicem & recipere, eique, qui noviſſimè impubes mortuus fuerit, ſubſtituere alium aliquem, *leg. ſi pater 25. hoc tit.* Quòd ſi uni tantùm ſubſtituit, hic ſolus teſtatus decedet, cæteri inteſtati. Unde ſi poſtremo morituro tantùm ſubſtituerit, jus legitimarum hæreditatum inter fratres conſervare voluiſſe intelligitur, *leg. vel ſingulis 37. eod.* unde hic locus ſumptus eſt.

Inteſtatum decedere] Nota, impuberes etiam dici inteſtatos decedere, etſi ipſi teſtamentum facere non poſſunt; ſicut vice verſa teſtati deceſſiſſe dicuntur, cum pater eis teſtamentum fecit. Porrò an propriè vox inteſtatus, impuberibus, furioſis & ſimilibus perſonis attribuatur, ita ut ſtatuta de ſucceſſione inteſtatorum loquentia ad eas quoque perſonas intelligi debeant pertinere, tractamus *inf. tit. 1. lib. 3. in pr.*

Ius legitimarum hæreditatum] Nam cùm cæteris nec pater teſtamentum fecerit, nec ipſi ſibi in ætate pupillari facere poſſint, neceſſariò evenit, ut præmorientium fratrum impuberum hæreditates ex lege 12. tab. ad ſuperſtites perveniant: quorum tamdem omnium bona in ultimi defuncti hæreditate reperta ſubſtitutus ejus conſequetur. Unde quæritur, cùm hodie ex *Nov. 118.*
1 *cap. 2.* mater defuncti unà cum fratribus ad legitimam hæreditatem vocetur, adeòque fratres conſanguineos tantùm ſive *ὁμοπατρίους* excludat, utrùm nihilominus adhuc in caſu propoſito noviſſimo morienti ſubſtitutus bona etiam cæterorum integra conſequatur, an mater partem eorum auferat, eaſque dumtaxat partes ferat ſubſtitutus, quæ morte fratrum ad impuberem perveniſſent nulla facta ſubſtitutione. Prius illud dicere non poſſumus, niſi fingamus, ſubſtitutionem noviſſimo factam ad omnes pertinere, ſinguloſque invicem tacitè ſubſtitutos, & poſtremum morientem prædefuncto. At hoc vetat hic ipſe locus. Ait enim Imp. cum noviſſimo tantùm ſubſtituitur, jus legitimarum hæreditatum inter fratres integrum cuſtodiri. Si verò mutua hic fingatur ſubſtitutio, priorum morientium ſuperſtites non legitimi hæredes, ſed ex teſtamento eſſent omneſque decederent teſtati. Proindè dicendum, ut olim in caſu propoſito inter fratres, quippe qui ſoli à lege vocabantur, legitimæ hæreditates ſalvæ manebant, ita hodie etiam matri, poſtquàm ea unà cum defuncti fratribus admiſſa eſt, jus legitimæ ſucceſſionis integrum manere, atque ad ſubſtitutum eas dumtaxat partes pertinere, quæ in hæreditate ultimi defuncti reperiuntur. Sed 2
dixerit adhuc aliquis, quidni hic fideicommiſſum inducimus, ut ipſi fratres, ſi non directò, ſaltem per fideicommiſſum invicem ſubſtituti videantur? Ita enim Paulum in ſpecie non diſſimili reſpondiſſe *l. Titia 87. §. 2. de legat. 2.* Species hujuſmodi eſt, de qua conſulitur; Teſtator certum fundum legavit Titio & Mævio, fideique eorum ita commiſit, *ut qui ex iis ultimus deceſſiſſet, eum fundum, cùm moreretur, reſtitueret Sempronio.* Reſpondet Juriſconſultus, in eo fideicommiſſo teſtatorem duos videri gradus ſubſtitutionum feciſſe, unum, ut is, qui ex duobus prior moreretur, alteri reſtitueret, quod colligit ex verbis, *qui ultimus deceſſerit*: alterum, ut noviſſimus reſtitueret Sempronio. Sed non eſt hæc ſpecies ſimilis noſtræ. Rectè Juriſconſultus, in *d. l. Titia*, §. 2. ex eo, quod teſtator proponitur eum, qui ex duobus, quibus fundum legaverat, poſterior moreretur, rogaſſe, ut eum fundum alii reſtitueret, colligit alterum fideicommiſſum: non enim rogatus proponitur de reſtituenda dumtaxat parte ſua, ſed de toto fundo, ac proindè etiam de parte collegatarii præmortui. Jam verò quia hoc facere non poteſt, nec implere fideicommiſſum expreſſum, niſi collegatarii quoque pars ad eum pervenerit, apparet, eam defuncti fuiſſe voluntatem, ut qui ex collegatariis prior moreretur, ſuperſtiti partem ſuam reſtitueret. In caſu verò noſtro nihil eſt, quamobrem præter ſubſtitutionem noviſſimi aliam aut fideicommiſſum inducamus: non enim in univerſa hæreditate, ſed ultimi morientis tantùm bonis ſubſtitutio facta proponitur.

TEXTUS.

De ſubſtitutione nominatim aut generaliter facta.

7. *Subſtituitur autem impuberi aut nominatim, veluti,* Titius hæres eſto: *aut generaliter, ut,* Quiſquis mihi hæres erit. *Quibus verbis vocantur ex ſubſtitutione, impubere mortuo filio, illi qui & ſcripti ſunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte hæredes facti ſunt.*

NOTÆ.

Et pro qua parte] *d. l. 8. §. 1.* ut hic quoque locus ſit regulæ traditæ *ſup. §. 2. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

1 *Generali formula ſubſtitutionis ſolos illos vocatos intelligi, qui hæredes nominatim ſcripti ſunt.*

2 *Ex eadem formula ſolos venire, qui patri hæredes extiterunt.*

3 *Ejuſdem formulæ hunc effectum eſſe, ut ſubſtituti eaſdem ex ſubſtitutione partes conſequantur, quas in patris hæreditate habuerunt.*

SUbſtitutio pupillaris vel ſpecialiter & nominatim concipitur, puta hoc modo, *Filius meus hæres eſto: Si filius impubes deceſſerit, Titius hæres eſto:* Vel generaliter, veluti, ſi pluribus hæredibus inſtitutis, teſtator his verbis filio ſubſtituat, *Quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto, l.3.l.8.l.10.hoc tit.l.ult.C.eod.* Ad quem modum vulgaris ſubſtitutio non rectè conciperetur; nam hæc formula, *Quiſquis mihi hæres non erit,* &c. in infinitum producitur. Non eſt verò eadem vis generalis & ſpecialis ſubſtitutionis, ut in calce exegeſios hujus §. oſtendemus, cum cognita nobis erit poteſtas clauſulæ generalis ſive horum verborum, *Quiſquis mihi hæres erit,* &c. quam ſolam hic explicat Juſtinianus.

1 *Qui & ſcripti ſunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte*] Pauciſſimis verbis triplicem comprehendit effectum horum verborum, *Quiſquis mihi hæres erit*. Primus hic eſt, quòd his verbi vocati intelligantur illi ſoli, qui hæredes nominatim ſcripti ſunt, non alii, qui fortè per eos, qui ſcripti ſunt, hæredes extiterunt. Itaque nec dominus, qui per ſervum, nec pater, qui per filium hæres extitit, ex hac clauſula ad hæreditatem impuberis admittitur: quippè quibus non judicio defuncti, ſed poteſtatia vel dominicæ vel patriæ hæreditas obvenit, *l.3.l.8.§.1.eod.* Eademque ratione nec hæredis hæres admittetur, *d.leg.8.§.1.* licèt aliàs hæredis appellatione etiam hæres hæredis contineatur, *l. hæredis 65.l. ſciendum 70.de verb ſign.l.qui per ſucceſſionem 104.de reg. jur. leg. ult.C.de hær.inſt.* nec is, cui ex fideicommiſſo hæreditas reſtituta eſt, ut rectè docet D. Vigl. hic Cæterum quod diximus, dominum non admitti, id intelligendum eſt, ſi hoc ſolo obtentu hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione ad ſe pertinere contendat, quòd patris bona jam apud ſe per ſervum quæſita habeat. Non enim inſpicitur, apud quem patris hæreditas ſit, ſed quis à patre expreſsè & immediatè ad hæreditatem vocatus. Ideòque ſi ſervus quæſita domino ex inſtitutione hæreditate, antequàm ex ſubſtitutione adiret, à poteſtate ejus exierit, non poterit dominus ex ſubſtitutione impuberi hæres effici: ſed ſervus vel ipſe ſibi hæreditatem impuberis acquiret, ſi fortè manumiſſus fuerit; vel ſi alienatus, novo domino, cujus juſſu adierit. At verò ſi exiſtente conditione pupillaris ſubſtitutionis adhuc in ejuſdem domini poteſtate ſit, nihil prohibet, quominùs juſſu ejus nunc item ex ſubſtitutione pupilli hæreditatem adeat, eamque novo hoc ſuo facto acquirat domino; ut *poſt.Io.Fab.hic, & DD. comm in l.filiofam. 16. de legat. 1.* docent *Vigl. & Bachov. hic Duar. in comm. ad hunc tit. cap. 15. & fac.l.3.hoc tit.junct.§.1.ſup.de hær.inſt.* Simili igitur modo ſi filiusfam. emancipatus fuerit, ipſe ex ſubſtitutione hæres fiet; ſi in poteſtate manſe-
2 rit, patrem hæredem faciet. Alter effectus ſubſtitutionis generaliter factæ, eſt, quòd ex ea ſoli veniant illi, qui patri hæredes extiterunt: proindè ſi hæres ſcriptus paternam hæreditatem repudiaverit, nihil ei proderit ad hæreditatem pupilli conſequendam, quòd teſtamento patris hæres ſcriptus eſt: nam aliàs horum verborum, *Quiſquis mihi hæres erit*, &c. nulla vis eſſet, cùm à teſtatore jam ante hæredes ſcripti ſint, qui ea conditione ſubſtituuntur, *d.l.8.in fin. pr. hoc tit.* Ter- 3
tius effectus eſt, quòd generali formula ſubſtituti eaſdem ex ſubſtitutione partes conſequuntur in bonis pupilli, quas in ipſius patrisfam. hæreditate habuerunt, *d.l.8.§.1.in fin.* Ut hic quoque locus ſit regulæ traditæ in *§.2. præc. tit.* teſtatorem eas videri in ſubſtitutione partes cuique dediſſe, quas in inſtitutione expreſſit. In ſubſtitutione nominatim facta, ſive ſpeciali, converſo ferè modo hæc ſe habent. Nam primò neceſſe non eſt, ut is, qui nominatim ſubſtitutus pupilli hæreditatem vindicat, hæres à patre ſcriptus ſit. Deinde etſi hæres ex parte ſcriptus eſt, non eo tamen minùs ex ſubſtitutione admittitur, quòd patris hæreditatem repudiavit, modò utramque nunc amplectatur, niſi ſub ea conditione ſubſtitutus ſit, *§.hæres erit, d.l.8.in pr.junct.l.10.§. 3. eod.* Poſtremò nominatim ſubſtituti, non hæreditarias partes, id eſt, quæ ſingulis adſcriptæ ſunt in inſtitutione, ſed viriles ſive æquales habebunt, per ea, quæ tradimus *ſub §. tit. præc.*

Textus.

Quomodo ſubſtitutio pupillaris finitur.

8. *Maſculo igitur uſque ad quatuordecim annos ſubſtitui poteſt: fœminæ uſque ad duodecim annos. Et ſi hoc tempus exceſſerint, ſubſtitutio evaneſcit.*

Notæ.

8. *Evaneſcit ſubſtitutio*] Quamvis longius tempus comprehenſum fuerit, *leg.14.eod.* quod autem evaneſcit, nec ad cauſam fideicommiſſi proficit.

Commentarius.

1 *Pupillarem ſubſtitutionem extingui anno quartodecimo aut duodecimo completo, licèt non ſuperato.*
2 *Si longius tempus comprehenſum fuerit, an poſt pubertatem ſubſtitutio valeat jure fideicommiſſi.*
3 *An ad cauſam fideicommiſſi trahatur, ſi demum à pubertate ſubſtitutio incipiat.*

DIctum ſupra eſt, pupillarem ſubſtitutionem introductam eſſe ex hac cauſa, quòd cùm liberi in ea ætate eſſent, ut ipſi ſibi teſtamentum facere non poſſent, utile atque ex re ipſorum viſum fuerit, ut parentes eis facerent. Quamobrem eum ad eam ætatem pervenerunt, qua jam ipſi

Digitized by Google

teſtari poſſunt, ceſſante fine ſubſtitutionis, meri-
tò placuit, eam extingui: & aliàs, quod iniquiſ-
ſimum eſt, civi Romano puberi teſtamenti factio
auferretur, *l. ex facto 43. hoc tit.*

Vſque ad quatuordecim annos, &c.] Maſculi
enim anno quartodecimo, fœminæ duobus annis
maturiùs puberes fiunt, *ſup. quib. mod. tut. fin.* à
qua ætate jam ipſi teſtamentum facere poſſunt,
l. 5. qui teſt. fac. Ait, *uſque ad quatuordecim an-
nos*, quibus verbis ſignificat, omne ſpatium, quod
eſt intra pubertatem, liberum eſſe patri ad ſub-
ſtituendum filio; finem autem hujus arbitrii eſ-
ſe pubertatem. Quapropter ſi quis verbi cauſa ita
ſubſtituit, *Si filius meus intra decimum annum
deceſſerit*, &c. pupilluſque ad eos annos perve-
nerit, expirat ſubſtitutio, licèt poſteà deceſſe-
rit intra annum decimum quartum, *leg. ſi ita
21. ad leg. ex facto 43. §. 1. eod.* At ſi in ſubſtituen-
do annos pubertatis egreſſus ſit, finietur nihilo-
minùs ſubſtitutio pubertate, *leg. in pupillari 14.
eod.*

Si hoc tempus exceſſerint] Liberi nimirum, qui-
bus facta eſt ſubſtitutio, maſculi annos quatuor-
decim, fœminæ duodecim. neque enim patitur
contextus, ut ad parentes, qui ſubſtituerunt, hæc
referantur. Quod verò ait, exceſſerint, id ver-
bum non puto pręcisè hic accipiendum eſſe, qua-
1 ſi non ſatis ſit annum quartumdecimum aut duo-
decimum compleſſe, eoque non completo, ſed
ſuperato demum extingui ſubſtitutionem; ſed
potiùs explicandum ex iis locis, ubi ex profeſſo
agitur de ætate, qua cives teſtamentum facere
poſſunt. Atqui ex quo quis incipit teſtamentum
facere poſſe, finem capere debet hæc ſubſtitutio,
utpote quæ hoc uno fundamento nititur, quod
ii, quibus fit, ſibi non poſſunt hæredem facere.
Aliud tamen D. Viglio viſum.

Evaneſcit] Etiamſi longius tempus compre-
henſum fuerit, *d. l. 14. hoc tit.* Sed longiore tem-
pore comprehenſo, an non ſaltem poſt puberta-
tem ſubſtitutio valebit jure fideicommiſſi? Fin-
ge ita factum, *Si filius intra annum viceſimum
deceſſerit, Titius hæres eſto.* Ex hac ſubſtitutione
conſtat, filio intra pubertatem defuncto, directo
2 jure ſuccedi, poſt id tempus non item. Sed quæ-
ritur, an non ſaltem poſt pubertatem proficiat ad
cauſam fideicommiſſi, ut perinde ex eo tempore
haberi debeat, ac ſi filius poſt pubertatem intra
annum viceſimum moriens rogatus eſſet hæredi-
tatem patris ſubſtituto reſtituere. Communis ſẽ-
tentia eſt, teſtibus *Zaſ. c. 5. de ſubſtit. compend. Co-
var. in c. Raynus. de teſtam. §. 9. n. 29. Iaſ. in l. preci-
bus C. hoc tit. nu. 11.* ejuſmodi ſubſtitutionem pu-
bertate ita finiri, ut nulla ejus vis ampliùs ſuper-
ſit. Quæ ſententia mihi veriſſima videtur. Etenim
inconveniens omnino eſt, ut una ſubſtitutio di-
verſo jure pro diverſitate temporis cenſeatur, ſci-
licet ut valeat intra pubertatem directo, & bona
tam patris quàm filii, ex quibus una facta eſt hæ-
reditas, complectatur, poſt pubertatem jure fi-
deicommiſſi, & ſola patris bona contineat. Nec
Juriſconſultus *in d. l. 24.* ſcribit, ſubſtitutionem
impuberis, in qua longius pubertate tempus cõ-
prehenſum eſt, poſt pubertatem ad fideicommiſ-
ſum trahi, ſed pubertate finiri: quod Juſtinianus
hic expreſſit verbo ſignificantiſſimo *evaneſcere*.
Quòd ſi ne illa quidem ſubſtitutio, quæ demum 3
à pubertate incipit, jure fideicommiſſi valet, mul-
tò minùs ullo jure valere poterit, qua etiam ætas
pupillaris comprehenditur: nam ut benè diſpu-
tant *Mantic. 7. de conj. ult. vol. tit. 3. nu. 9. Gomez 1.
reſ. 7. n. 2. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 16. nu. 5.* faciliùs ad
fideicommiſſum trahi poteſt poſt pubertatem fa-
cta verbis directis in ſecundum caſum ſubſtitu-
tio, quàm ea, quæ annos pupillares ſimul comple-
xa pubertatem certis annis excedit: Sed quoniam
iidem DD. & cum his comm. interpretes non
cõcedunt, quod nos pro vero & certo aſſumimus
nimirum ne illam quidem ſubſtitutionem, quæ à
pubertate incipit hoc modo. *Si filius meus poſt
quartumdecimum annum deceſſerit*, ad caſum fi-
deicommiſſi proficere, id nobis priùs quàm hinc
abeamus, probandum eſt. Non valere quaſi fidei-
commiſſum, argumento ſit *l. ſi ſervus legat. 108.
§. ſi ſervus alienus 9. de legat. 1. l. 9. C. de teſt. man.*
quibus in locis ſervo alieno directa libertas fru-
ſtra dari dicitur. Quòd ſi favor libertatis verbum
directum ad fideicommiſſum non trahit, nulla res
omnino trahet. Et cur teſtatoris voluntatem, quæ
contra leges eſt, adjuvemus, ut benigna interpre-
tatione inducamus fideicommiſſum, de quo non
apparet teſtatorem cogitaſſe? Neque enim ut
quid valeat jure fideicommiſſi, ſufficit, tale id eſ-
ſe, quod jure fideicommiſſi valere poſſet, ſi teſta-
tor voluiſſet, niſi & voluerit, *l. 1. l. 13. §. 1. de jur.
eod. l. ex ea ſcriptura 19. qui teſt. fac. leg. quæreba-
tur 19. de teſt. mil. leg. cohæredi. 41. §. 3. h. tit.* Sed
quid opus eſt argumentis? Papinianus *l. 17. eod.*
omnem dubitationem tollit, cũ ſic ſcribit: *Verbis
civilibus ſubſtitutionem poſt quartumdecimum an-
num fruſtra fieri convenit*; neque enim fruſtra fie-
ri diceret, aut rectè diceret, ſi poſt id tẽpus quaſi
fideicommiſſum valeret, & verba directa inflè-
cterentur. Non obſtat huic ſententię *l. Scævola 76.
ad Trebel.* quoniam quod Scævola ibi reſpondet,
id in caſu illic propoſito favore pupilli benignè
receptum eſt, ut ipſe ſignificat, & tamen ſimul ex
conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim
ſubſtitutio facta in codicillis: qui locus eſt obli-
quarum non directarum diſpoſitionum. Propo-
nitur pupillus, cui ita ſubſtitutio facta, in ætate
pupillari deceſſiſſe: atque in hac ſpecie reſpon-
det Juriſconſultus benigna interpretatione pla-
cere, ut quod valere non poteſt ut teſtamentum
pupilli, valeat ſaltem quaſi codicillus ab inteſta-
to; cùmque ratio juris non patiatur, ut ex hac
ſubſtitutione hæredem habeat directò, ut habeat
ſaltem ex fideicommiſſo, poſtquàm patris conceſ-
ſum, legitimum filii hæredem fideicommiſſo ob-
ſtringere. Cæterum ſubſtinebitur hoc fideicom-
miſſum uſque ad tempus pubertatis; cùm verò
pupillus adoleverit, evaneſcet, ne, quod propter
utilitatem impuberis introductum eſt, puberi jam
facto obſit in libertate teſtandi, *arg. l. ſi fundum
92. §.*

92.§.2. junct. leg. quod fideicomm. 93. de leg. 1. l. coheredi 41. §.3. hoc tit. l. ex facto 43. §.1. eod. juncti. d. l. Scævolæ, ita fermè & plerique recentiores, *Cujac. 11. obſ. 25. Govean. ad d. l. 7. Paul. Buſ. ad l. centurio 15. eod. Duar. com. in hunc tit. c. 16. Vaſq. d. l. 1. de ſucc. progr. §. 1. n. 118. Ant. Fab. 15. com. 12. & 14. Fachin. 4. cont. 44. add. Menoch. de præſumpt. part. 2. lib. 4. tom. 1. præſ. 34. & 55. & quæ nos ſub §. ſeq.*

TEXTUS.

Quibus pupillariter non ſubſtituitur.

9. *Extraneo verò, vel filio puberi heredi inſtituto ita ſubſtituere nemo poteſt, ut ſi heres extiterit, & intra aliquod tempus deceſſerit, alius ei ſit heres: ſed hoc ſolum permiſſum eſt, ut eum per fideicommiſſum teſtator obliget alii hereditatem ejus vel totam, vel pro parte reſtituere: quod jus quale ſit, ſuo loco trademus.*

NOTÆ.

9. *Vel filio puberi*] *L. eod.* ubi Papinian. ſcribit, verbis civilibus ſubſtitutionem poſt quartum decimum annum fruſtra fieri: ac proindè talis ſubſtitutione jure quidem fideicommiſſi valebit: nam quod fruſtra fit, nullo genere valere intelligitur.

Nemo poteſt] *Nemo* ſcil. paganus: nam militi hæc conceſſa ſunt, *l. 5. l. 41. §. 4. de teſt. mil. leg. 15. h. t. l. 8. C. eod.* ut & alia, quæ pagani non obtinent, *l. 2. §. 1. h. t. l. 15. §. pen. de teſt. mil.*

Suo loco trademus] *Infr. hujus lib. tit. 24.*

COMMENTARIUS.

1 *Militum privilegia circa directam ſubſtitutionem in caſum pupillarem.*

2 *Apud Batavos & pleroſque alios Belgii populos pupillarem ſubſtitutionem locum non habere, & an locus ſit exemplaris.*

QUæ hoc §. traduntur, omnia conſequentia ſunt iis, quæ relata ſunt initio hujus tit. Nam ſi parentibus tantùm permiſſum eſt, liberis impuberibus, & iis dumtaxat, quos in poteſtate habent, ita ſubſtituere, ut ſi hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur, alius ſit eis hæres; ex eo omninò efficitur, neque parentes poſſe ita ſubſtituere liberis, quos in poteſtate non habent, nec ſi in poteſtate habeant, & puberes ſint. Poſtremò nec omninò quemquam alium poſſe vel impuberi extraneo, vel puberi hoc modo ſubſtituere, ut ſi hæres extiterit, & intra aliquod tempus vita deceſſerit, alius ei hæres ſit: in tantùm, ut nec jure fideicommiſſi talis ſubſtitutio valeat, ut modò probavimus, & hic locus inſuper confirmat, cùm dicat Juſtinianus, neminem poſſe extraneo aut filio puberi, in caſu quo hæredes futuri ſunt, ſubſtituere: ſed tantùm permiſſum eſſe teſtatori, ut hæredem inſtitutum per fideicommiſſum obliget, &c. Cur enim requiret expreſſum fideicommiſſum, ſi ipſa directa ſubſtitutio in propoſito jure fideicommiſſi defendatur, quod totidem verbis indicare poterat? ut benè diſputat D. Viglius hic, & *Ant. Fab. 15. conj. 12.* contra DD. vulgò, quos ſequuntur Gomez & Mant'c. ubi ſupra. Solis militibus conceſſum eſt, ut etiam liberis emancipa- 1
tis, aliiſve extraneis qui hæredes extiterunt, directò ſubſtituant: ſed hoc jus in his exercetur, quæ à milite ad eum, cui ſubſtituit, pervenerunt, non quæ aliunde, *l. 5. l. miles ita §. 4. de teſtam. milit.* Ejuſdem privilegii eſt, quòd miles liberis ſuis etiam poſt pubertatem directò ſubſtituere poteſt, ſive compendio ſive expreſſa certa poſt pubertatem ætate, ut utraque ſubſtitutio intra pubertatem valeat jure communi ſive directò, *l. centurio 15. h. t.* poſt eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommiſſi, *l. precibus Cod. eod.* & bona dumtaxat patris contineat cum fructibus invectis in hæreditate, *d. l. 15.* id eſt, ut rectè *Govean. & Buſ. ibid. Perez ad tit. C. de imp. & al. ſubſt. n. 27. & 28.* cum fructibus pendentibus, & maturis tempore mortis ipſius militis. Nam hi fructus augent hæreditatem, *l. 9. ad l. Falc.* ac per conſequens in fideicommiſſariam hæreditatis reſtitutionem venire poteſt: neque ad hos fructus pertinet *l. in fideicommiſſaria 18. in pr. ad ſen. Treb.* idque etiam crebriùs placuit: licèt *Ant. Fab. d. loc. Duar. d. comm. c. 23. Hotom. 1. amicab. 17. Dom. in d. l. precibus*, contendant, hujuſmodi ſubſtitutiones à milite factas etiam poſt pubertatem valere jure directo. Porrò de fideicommiſſaria ſubſtitutione tractatur *inf. hujus lib. t. 23.* Apud
Batavos & Zelandos ſubſtitutioni pupillari lo- 2
cum non eſſe, utpotè quæ originem trahit à ſingulari illa Romanorum in liberos poteſtate, quæ nobis incognita, tradit *D. Grot. libr. 5. manud. ad Batav. Iur. c. 6. & lib. 2. c. 15. in fin.* & ſecundùm eum judicatum eſt. De cætero quoque Belgio (excipienda tamen Friſia) idem refert *D. Gudel. lib. 2. de jur. noviſſ. c. 5. ſub fin.* Nam etſi nos quoque poteſtatem in liberos noſtros habemus, non talem tamen habemus, qualem Romani, quæ etiam ad bona liberorum propria ſe extendat: atque inauditum eſt, tantam nunc eſſe patriam poteſtatem, ut pater filio hæredem dare queat, qui ſuccedat in univerſa filii bona, non ſolùm quæ à patre ipſo, ſed etiam quæ aliunde accepit, atque adeò dare etiam exhæredatio: ſed utimur ſubſtitutione fideicommiſſaria. Iidem quoque tradunt, pari ratione mores hodiernos nec quaſi pupillarem ſubſtitutionem agnoſcere, inauditumque eſſe, patrem filio mente capto ea ſubſtitutione, quam ad exemplum pupillaris Juſtinianus introduxit, teſtamentum facere, eique dare hæredem, *Grot. & Gudelin. ubi ſup. Groenev. de leg. abr. hic.* Cæterum hoc non obſtante nuper Curia Hollandiæ hujuſmodi teſtamẽtum reſcindere noluit, eò quòd, ut allegabatur, exemplaris ſubſtitutio neque libera ſit, nec avi patriæ poteſtatis,

ſtatis, ut ſuperior illa, pendeat, ſed in ſola humanitate fundata ſit: idemque matri & avo materno hic conceſſum, quod patri, nec patri minùs circa liberos emancipatos, quàm in poteſtate conſtitutos, *vid. ſup.* §. 1. *eod.* Quamquam mores noſtri totum hoc adverſari videntur, dare alii, quantumvis filio, hæredem: & admiſſà exemplari ſubſtitutione in liberis mente captis, ex ratione conſtitutionis Juſtiniani eadem porrigenda erit etiam ad liberos impuberes, etiamſi ſanæ mentis ſint, per ea, quæ *d.* §. 1. *num.* 3. Curiam tamen pro teſtamento pronuntiaſſe, poſteà intellexi. Sed & gentis noſtræ ſimplicitati conveniens eſſe multi exiſtimant, ut ſubſtitutiones directis verbis in ſecundùm caſum factæ, puta hæredi inſtituto, & in caſum, *ſi heres eris*, & intra certum tempus deceſſerit, alius directò ſubſtituatur, valeant jure fideicommiſſi, quaſi factæ in codicillis, *arg. l. Scævola 76. ad ſen. Trebell.* & exemplo ſubſtitutionum militarium, *l. centurio 15. ff. junct. l. præcibus 7. 8. hoc tit.* Gudelini *libr. 2. de jur. noviſſ. cap. 5.* Cyprian. *cenſ. Belg. hic.* Grœnevv. *tract. de legib. abrog. eod.*

TITULUS XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Dig. lib. 28. Tit. 3.

Ratio ordinis.

EXPOSITA ſunt ea omnia, quæ ad conſtitutionem teſtamenti neceſſaria diximus initio tractatus de teſtamentis ordinandis. Sunt autem hæc tria; ut perſona teſtantis talis ſit, quæ teſtamenti factionem habeat; ut teſtamentum fiat adhibitis ſolemnitatibus tum communibus & externis, videlicet præſentibus ſeptem teſtibus idoneis, &c. tum internis & quorumdam teſtatorum propriis, ſcilicet ut pater teſtaturus liberos, quos in poteſtate habet, hæredes inſtituat, aut nominatim exhæredet. His rebus aut una earum deficientibus teſtamentum ab initio nullum eſt, *l. 1. de injuſt. rupt. irr. fact. teſt.* Ubi autem hæc omnia concurrunt, habemus id, quod hactenus quæſitum eſt, juſtum ſive jure factum teſtamentum, *l. 4. qui teſt. fac.* Quia verò non ſatis eſt ad defendendam ex teſtamento hæreditatem, id ab initio juſtum eſſe, niſi & tale ad extremum perſeveret, rectè atque ordine Imperator facit, quòd priùs nobis proponat modos, quibus teſtamenta ritè facta infirmantur, quàm progrediatur ad diſputationem de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Quibus modis Teſtamenta infirmentur.

Teſtamentum jure factum uſque eò valet donec rumpatur irritumve fiat.

NOTÆ.

Donec rumpatur aut irritum] *Rumpi* & *irritum fieri* privationem ſignificant, & ideò propriè non niſi de iis, quæ jure ſubſiſtunt, prædicantur, *l. 5. hoc tit. de injuſt. rupto, &c.* privatio enim, ut in ſcholis dicitur, præſupponit habitum. Quæ verò teſtamenta non jure facta ſunt, injuſta & nulla dicuntur, veluti ubi ſolemnia deſunt, aut filius in poteſtate præteritus eſt, *leg. 1. l. 3. §. 4. l. 6. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

DOnec rumpatur irritumve fiat] Ratio infirmandi teſtamenti non una eſt: nam & ſententia judicis reſcinditur, ſi querela inſtituta inofficioſum pronuntiatum fuerit, de quo *tit. ſeq.* & à prætore data bonorum poſſeſſione contra tabulas, *tit. de bon. poſſ. cont. tab.* & citra factum judicis aut prætoris infirmatur ſola poteſtate juris: idque iterum duobus, iiſque diſcretis modis, quorum altero rumpi dicitur, altero irritum fieri. De teſtamento rupto diſputatur uſque ad §. 4 inde de irrito, adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia verò Juſtinianus rem totam non plenè explicat, nos operam dabimus, ut quicquid hujus rei eſt, penitus percipi poſſit ex noſtra in ſingulo hujus *tit.* §§. explicatione. De bonorum poſſeſſione contra tabulas, qua & ipſa jure prætorio teſtamentum reſcinditur, demum dicemus in ſecunda ſpecie acquiſitionis per univerſitatem, *infr. lib. 3. tit. 10.*

TEXTUS.

Quando teſtamentum dicatur rumpi. Primum de adoptione.

1. *Rumpitur autem teſtamentum, cum in eodem ſtatu manente teſtatore ipſius teſtamenti jus vitiatur. Si quis enim poſt factum teſtamentum adoptaverit ſibi filium per Imperatorem eum, qui eſt ſui juris, aut per prætorem, ſecundum noſtram conſtitutionem, eum, qui in poteſtate parentis fuerit, teſtamentum ejus rumpitur quaſi adgnatione ſui hæredis.*

COMMENTARIUS.

CUm in eodem ſtatu manente teſtatore] Toties rumpi teſtamentum dicitur, quoties evertitur manente teſtatore in eodem ſtatu: cum verò

ſtatum

ſtatum mutat, id eſt capite minuitur, non rumpi, ſed irritum fieri teſtamentum propriè dicitur, §.4.*infr.eod.* Apparet igitur, *in eodem ſtatu* hic dici oppoſitivè reſpectu ejus modi, quo teſtamentum infirmatur ob id, quod teſtator in eodem ſtatu non manſit: quare expungenda eſt è paraphraſi Theophili negatio; & pro μὴ μείναντος, legendum μείναντος ἐπὶ τῆς αὐτῆς καταστάσεως: quomodò & in duobus regiis codicibus legi teſtatur Fabrotus. Porrò ut teſtatoris ſtatu non mutato teſtamentum infirmetur, uno verbo ut rumpatur, bifariam contingit, agnatione ſui hæredis, & mutatione voluntatis: ille modus hoc §. alter ſequenti, uno uterque exemplo declaratur.

Adoptaverit ſibi filium per Imperatorem] Id eſt adrogaverit; eſt enim periphraſis adrogationis, quæ ſpecies adoptionis eſt, per quam interveniente Principis auctoritate eum in filium adſcimus, qui ſui juris eſt. Stante repub. populum auctiorem fieri neceſſe erat, ut annotatum eſt, *lib.1.tit.de adopt.*

Secundùm noſtram conſtitutionem] *L.pen.C.de adopt.vidè ſup.§.2.eod.* Qua diſponit, ut ſi filius extraneæ perſonæ in adoptionem acciperetur, jura patris naturalis integra ſervarentur: ſi verò perſona non extranea, puta avus, nepotem ex filia aut filio emancipato in adoptionem acciperet, ſolvi jus patris naturalis, & tranſire adoptatum in poteſtatem & familiam hujus patris adoptivi. Significat igitur, hoc caſu per adoptionem teſtamentum rumpi, quaſi agnatione ſui hæredis: illo non item: cùm olim indiſtinctè quavis adoptione, ſicuti adrogatione, rumperetur, *l.8.de injuſt.rupt.teſt.* Cæterum hi ita rumpunt, ſi præteriti ſint: nam ſi qui hæres antea inſtitutus erat, poſtea à teſtatore adrogetur, vel adoptetur, poteſt dici, ei ſatisfactum eſſe, *l.ſi quis 18. eod.tit.l. filio 23. §. 1 de lib.& poſthum.* Quid ſi exhæredatus ſit? Et Ulpianus Marcelli & Papiniani ſententiam probat, ut exhæredatio extraneo ſcripta ei poſtea adoptato non noceat, noceat autem filio emancipato, qui poſtea adrogatus ſit, *l.8.§. ſi quis 7. & ſeq. cont.tab. d. l. 24. in pr. de lib. & poſth.* credo, quia in perſona extranei exhæredatio inepta & nulla eſt, de quo conſule Vigl.

Quaſi agnatione ſui hæredis] *L. verum 8. de injuſt. rupt.* multòque certiùs ſui hæredis agnatione vera & naturali, cum ſcilicet poſt teſtamentum factum teſtatori filius ex uxore naſcitur, *l.3. §.1. de injuſt. rupt.* Similiter nepos, qui tempore teſtamenti facti ſuus hæres avo non erat, patre remoto in locum ſui hæredis vivo avo ſucceſſerit, quaſi agnaſcendo, teſtamentum avi, quo præteritus eſt, rumpit, *l.poſthumorum 13. d. tit.* quæ ſpecies fortè hic ideò non repetuntur, quia alibi propoſitæ ſunt, *§.1.& 2.ſup. de exhær. libr.* Huc etiam pertinent liberi naturales ſuſcepti ex concubina, & poſt factum, teſtamentum legitimati, ſive inſequenti matrimonio, ſive curiæ oblatione, ſive per reſcriptum Principis. Jam cùm hi etiam jura ſuorum hæredum conſequantur, §. 2. *inſ. de hær. quæ ab int.Nov.89 cap.& 9.*neceſſe eſt, ut & ipſi à patre præteriti teſtamentum rumpant quaſi agnatione.

TEXTUS.

De poſteriori teſtamento.

2. *Poſteriore quoque teſtamento, quod jure perfectum eſt, ſuperius rumpitur: nec intereſt, extiterit aliquis hæres ex eo, an non. Hoc enim ſolum ſpectatur, an aliquo caſu exiſtere potuerit. Ideoque ſi quis aut noluerit hæres eſſe, aut vivo teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequam hæreditatem adiret deceſſerit, aut conditione, ſub qua hæres inſtitutus eſt, defectus ſit: in his caſibus paterfam. inteſtatus moritur. Nam & prius teſtamentum non valet, ruptum à poſteriore; & poſterius æquè nullas vires habet, cum ex eo nemo hæres extiterit.*

NOTÆ.

2. *Superius rumpitur*] Etiamſi nominatim non revocetur, *l. 1. 2.eod.l.27.Cod.de teſtam.* eo quippè voluntas rata eſſe debet, quæ noviſſima, *l. 4. de adim. leg.* ſic etiam leges poſteriores & pacta noviſſima derogant prioribus. Rumpitur quoque teſtamentum corruptis tabulis; puta deletis, inciſis, cancellatis, &c. *l.ult.h.t.l.1.§.pen.§. 2.tec. tab.*

Aut conditione defectus] Etenim tam ſolemne ritèque per omnia factum teſtamentum habetur, quo hæres inſtitutus eſt ſub conditione, quàm quo purè, *§. 9. ſup.de hær. inſt.*

COMMENTARIUS.

1 *Vis & effectus inciſionis teſtamenti, deletionis ſcripturæ, cancellationis, &c.*
2 *Inciſo, deleto, cancellato &c. teſtamento, utrùm hæreditas fiſco applicetur, an deferatur hæredibus legitimis.*
3 *An jura de inciſione, inductione &c. agentia accommodari debeant & ad teſtamenta nuncupativa, de quibus inſtrumentum conficitur, ut nunc moris eſt.*
4 *Cur prius teſtamentum etiam tabulis manentibus integris ſemper rumpatur à poſteriore.*
5 *Ad infirmandum prius teſtamentum neceſſe non eſſe, ut id in poſteriore nominatim revocetur.*
6 *Error Bachovii notatur & corrigitur.*
7 *Quid ſi prius teſtamentum contineat clauſulam derogatoriam poſterioris voluntatis.*
8 *Prius teſtamentum per poſterius tolli, etiamſi ex poſteriore nemo hæres extiterit.*
9 *Quibus modis fiat, ut hæres deficiat, & teſtamentum deſtituatur.*

Se-

SEcundus modus, quo teſtamentum initio ritè
factum poſtea rumpitur, eſt mutatio volunta-
tis teſtatoris. Hic modus iterum duplex eſt: nam
& corruptis tabulis ita rumpitur, & integris ma-
1 nentibus. Corruptis, ſi teſtator teſtamentum in-
ciderit, laceravit, ſcripturam induxerit, deleve-
rit, cancellaverit, ſigna amoverit aut turbaverit,
*tit. de his quæ in teſtam. delent. l. ult. de injuſt. rupt.
teſt. l. ad teſtium 22. §. 3. qui teſt. fac. l. 1. §. pæn. leg.
pæn. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab. leg. 12. l. pæn. Cod. de
teſtament.* niſi fortè non conſultò, ſed incautè quid
horum fecerit, aut ignorante eo contigerit: nam
tunc ſi legi adhuc, quod ſcriptum eſt, utcumque
poterit, ratum manebit teſtamentum, *l. 1. de his
quæ in teſt. del. d. l. pæn. Cod. de teſt.* Planè inductio
aut cancellatio non ultra operabitur, quàm ſcrip-
tura inducta aut cancellata eſt, *l. 2. & 3. d. tit. de
his quæ in teſt. del.* Neque ex pluribus teſtamenti
codicibus uno deleto aut inciſo teſtamẽtum ſub-
latum eſſe intelligitur, niſi hi, qui ab inteſtato
venire deſiderant, probaverint, id ideò à patref.
2 factum eſſe, ut inteſtatus moreretur, *l. ult. eod. tit.*
His autem modis teſtamentò rupto, hæreditas
non applicabitur fiſco, ſed deferetur hæredibus
ab inteſtato, *d. l. pen. C. de teſtam. l. 1. §. pen. unde
liberi l. ult. de his quæ in teſt. del.* niſi ſpeciali odio
hæredum inductio facta probetur, quo in caſu
tanquam ab indignis hæreditatem fiſcus aufert,
*leg. 3. de tit. l. cum tabulis 16. §. 1. de his ut indign.
Clar. §. Teſtamentum qu. 93. num. 2. Mantic. de con-
ject. ult. vol. lib. 12. tit. 1. num. 31. Paul. Buſ. ad l. 1.
& ſeqq. de his quæ ut indign.* Quæ de inciſione
aut cancellatione teſtamenti dicuntur, ea conſtat
ad teſtamenta nuncupativa, qua talia ſunt, appli-
3 cari non poſſe. Sed an his modis item rumpan-
tur, quæ, uti hodie moris eſt, per nuncupatio-
nem quidem fiunt, ſed ita ut voluntas ſuprema
juſſu teſtatoris ſcripto comprehendatur à Nota-
rio in ſcheda, unde mox diligentiùs exſcribatur
& in formam redigatur inſtrumenti, quæſitum
eſt. Julius Clarus *d. loc.* exiſtimat, inciſionem aut
cancellationem inſtrumenti ad caſſationem &
annullationem talis teſtamenti non ſufficere, ſi
protocollum notarii integrum relictum ſit; quod
& Viglio placere videtur, *in §. pen. h. tit.* cum ait,
non minùs talia teſtamenta ex verbis & voce
ſubſtantiam capere, quàm quæ ſcripta non ſunt,
& ideò diſcerptis ſcripturis nihilominus perma-
nere: cujus auctoritatem Senatus hujus provin-
ciæ in judicando aliquando ſecutus eſt, *Deciſ. Cur.
Holl.* 1. eamdemque ſententiam & Peckius probat
lib. 1. de teſt. conjug. cap. 4. Sed videamus, an non
& hæc teſtamenta in hoc, de quo quærimus, jure
ſcriptorum cenſenda ſint, cum *Paul. Caſtrenſ. in
l. pæn. C. de teſtam. n. 7. Vaſq. lib. 2. de ſucceſſ. creat.
requiſ. 8. num. 62. & requiſ. 17. n. 63. Graſſ. §. teſta-
mentum quæſt. 85, num. 2. Bachov. in Treutl. vol. 2.
diſput. 10. Theſ. 7.* Utique enim ex inciſione aut
delectione certò colligitur, teſtatorem noluiſſe
teſtamentum ampliùs valere: neque ratio pati-
tur, ut deſtructo delectove inſtrumento, in quo
tota vis probationis conſiſtit, dicamus, teſtamen-
tum nihilominùs robur ſuum retinere. Scien-
dum namque eſt, poſtquàm ex voluntate teſta-
toris, quæ ſchedula continebantur, in inſtrumen-
tum collata ſunt, ſimul omnem illius vim in in-
ſtrumentum collatam cenſeri; ac proindè, ceſ-
ſante jam officio ſchædulæ, totam vim depoſitio-
nis à ſolo inſtrumento dependere, adeò ut mor-
tuo teſtatore nihil ampliùs ad probationem ulti-
mæ voluntatis deſideretur, uti poſt *Gloſſ. & Bart.
in l. hæredes* a t. *de teſtam.* plerique tradiderunt.
*Sichard. in leg. hac conſultiſſima 21. §. per nuncu-
pationem, num. 1. Cod. eod. Mantic. de conſ. ult. vol.
lib. 1. tit. 6. n. 6. Afflict. deciſ. 116. num. 2.* Neque ob-
ſtat huic ſententiæ, *l. ult. de his quæ in teſtam. del.*
quoniam textus ille procedit, quando ex pluri-
bus unius teſtamenti inſtrumentis æquè princi-
palibus unum fortè teſtator delevit aut incidit,
non omnia, uti ſpecies proponitur, & in termi-
nis reſpondet Caſtr. *ubi ſup.* Etſi autem proto-
collum Notarii integrum relictum ſit, ex eo ta-
men voluntas ultima conſervata intelligi non de-
bet: quoniam protocollum nihil ad teſtatorem,
ſed notarius ex officio illud conficere tenetur fi-
dei & collationis gratia, & quia inſtrumentum
amitti poteſt. Cæterum priorem ſententiam &
Senatus Sabaudiæ probavit, Ant. Fab. *Cod. ſuo de
teſtament. deciſ. ult.* Integris tabulis manentibus 4
teſtamentum rumpitur ob mutationem volunta-
tis, ſi teſtator aliud teſtamentum fecerit: qui mo-
dus proponitur hoc §. & hanc rationem habet,
quòd unumquodque teſtamentum plenam uni-
verſi juris ſucceſſionem continet; ac proindè qui-
cumque teſtamentum facit, cenſetur de omnibus
bonis diſponere, ut non magis duo teſtamenta ſi-
mul cõſiſtere poſſint, quàm duo domini ejuſdem
rei in ſolidum conſtitui. Igitur cùm ex pluribus
teſtamentis unum tantùm conſiſtere poſſit, id va-
lere debet ex voluntate ipſius defuncti, quod no-
viſſimè factum eſt, per vulgata. Non obſtat, quòd
ſententia judicis prima, non poſtrema, rata habe-
tur: non enim ut teſtantis voluntas ambulatoria
eſt, ita & judicis: ſed judex ſimul ac ſententiam
dixit, officio ſuo functus eſt; & ideò iterum de
eadem re pronuntiandi poteſtatem non habet, *l.
judex 55. de re jud.* Planè ut priores tabulæ jure
factæ tollantur, oportet ſequentes quoque jure
ordinatas & perfectas eſſe, de quo pleniùs *ſub §.
pen. infr. eod.*

Superius rumpitur] *L. 1. l. 2. de injuſt. rupt. teſt.*
& quidem ob hoc ſolum, quòd aliud teſtamen-
tum poſtea factum eſt, quod Juſtinianus ſignifi-
cat, *l. ſancimus 27. C. de teſtam.* cum ait, ſecundo 5
teſtamento perfecto prius tolli ipſo jure. Non
eſt igitur neceſſe, ut poſteriore teſtamento men-
tio fiat prioris, nominatimve id revocetur, quod
ipſius etiam rei natura ſatis demonſtrat; ac pro-
inde ſupervacua eſt notariorum clauſula, quam
poſterioribus tabulis inſerere ſolent, nimirum
teſtatorem revocare, caſſare & annullare teſta-
menta antea à ſe facta. His autem conſequens
eſt, & codicillos, ſi qui facti fuerint, per poſte-
rius teſtamentum everti, quamvis expreſsè revo-
cari

cati non ſint; cum enim teſtamento facto codicilli jus ejus ſequantur, eo infirmato inſimul concidant neceſſe eſt, *l.3.§.ult.l. ab inteſtato 16.de jur.cod.l.1. C.eod. tit.* Quamobrem non rectè Bachovius ſcribit, generalem clauſulam, qua revocatur omnis præcedens diſpoſitio, ſupervacuam quidem eſſe, quod attinet ad infirmationem prioris teſtamenti, cùm id hoc ipſo, quòd aliud conditum eſt, evertatur: non autem quòd codicillos antea factos, quippe qui aliàs cum teſtamento conſiſterent. Hoc enim falſum eſſe, ſublato priore teſtamento per conſequentiam etiam codicillos corruere, etiamſi nulla revocatio prioris voluntatis facta ſit, ex locis modò allegatis perſpicuè paret. Planè ſi nullum teſtamentum, ſed codicilli tantùm antea facti proponantur, teſtamento poſtea facto hujuſcemodi clauſula otioſa non erit, poſtquàm placuit, codicillos, qui teſtamentum præcedunt, facto poſtea teſtamento vim ſuam non amittere, niſi appareat, teſtatorem à vo-
7 luntate, quam in codicillos expreſſerat, receſſiſſe, §.1.*inſ.de codicill.* Et fortaſſis hoc etiam ſenſit Bachovius. Sed quid ſi prius teſtamentum contineat clauſulam derogatoriam poſterioris voluntatis? Interpretes comm. cenſent, prius teſtamentũ habens talem clauſulam, per poſterius, quantumvis numeris omnibus abſolutum, non tolli; ac ne tunc quidem, quando poſterius continet revocationem generalem præcedentium omnium diſpoſitionum: ſed omnino ad infirmationem primi teſtamenti derogatorii neceſſarium eſſe, ut illius ſpecialis mentio & expreſſa revocatio fiat in ſecundo, per *l. ſi quis 22. de legat.3. Gomez ad l. Tauri 3.num. 92. Covar. de teſt. p. 2. rubr.n.5.Vaſq. de ſucceſſ.reſ. lib.1.§.1. num.29. & ſeqq.Clar.d.§.teſtamentum qu. 99. Mantic. de conj. ult.vol.lib.12.tit.8.Poch.1. de teſtam. conjug. c. 10. Graſſ. §.teſtamentum quæſt.86.& ſeq.Iac. Verruvey art.teſt.cap.13.* Quæ ſententia rationi juris parum convenire videtur, *arg.l.6.§.2. de jur. Cod.l.ult. in pr. de legat. 2. d.l. 22. de legat.3.l.4.de adim.legat. cum ſimil.* Notatur à *Cujac. t4.obſ.7. Ant. Merend. lib.4.contr.cap.49.* Ant. Faber eam numerat inter graviſſimos errores, quos antiqui Gloſſatores invexerunt, *dec.37.err.7.err.7.& ſeqq.& dec.38. err. 1.& dec. ſeq.* In foro tamen recepta ac præjudiciis ſupremorum tribunalium comprobata eſt, *Guid. Pap. quæſt. 127. Papon. lib.2. tit. de teſtam.arreſt.4.& 5. Ant. Fab. Cod. ſuo tit. de teſt. defin.9.& ſeqq. Ioan. à Sande lib. 4. tit.1. defin.10.* Nec deeſt color, quo tegi poſſit, *Grot. 2. manuduct.cap. 24.*

Nec intereſt, extiterit aliquis hæres ex eo &c.]
8 Quæ ſequuntur, continent ampliationem quamdam regulæ initio poſitæ, nimirum prius teſtamentum tolli per poſterius, non tantùm cùm ex poſteriore hæres extiterit, ſed etiam eo deſtituto, *l.1.l.16.de injuſt.rupt.teſt.l. 9. de lib. & poſth.* Quod hanc rationem habet, quòd aditio hæreditatis ab ſubſtantiam aut perfectionem teſtamenti, quæ ſola hic requiritur, non pertinet, nec prioris teſtamenti ſublatio pendet ab eventu aliquo, aut caſu contingente poſt mortem teſtatoris, ſed illud ſtatim vivo adhuc teſtatore, ipſo jure per poſterius rumpitur; ut proindè ſi poſteriores tabulæ ita ordinatæ ſint, ut ex iis hæreditas adiri potuerit, etiamſi contingat, ex iis hæreditatem non adiri, priores tamen tabulæ, utpote ſemel ruptæ, non reſtituantur. Pari ratione, ſi poſthumus priori teſtamento inſtitutus, vel exhæredatus ſit, poſteriore præteritus, & nato poſthumo poſterius rumpatur, nihilò magis reſtituetur prius: quod exemplum hic profert Bachovius.

Si quis aut noluerit, &c.] Enumeratio modorum, quibus fit, ut hæres deficiat, & teſtamentum
deſtituatur. Id fit in ſumma dupliciter, vel quia 9
hæres ſcriptus non vult hæres eſſe, repudiatque hæreditatem; vel quia hæres eſſe non poteſt: quod contingit, ſi vel deceſſerit vivo adhuc teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequàm hæreditatem adiret, (neque enim hæreditas non adita ad inſtituti hæredes tranſmittitur, exceptis perſonis comprehenſis *l.un.C. de his qui ant. ap. tab. l. un. §. in noviſſimo 5. C. de cad. toll.*) vel quia conditio ſub qua hæres inſtitutus erat, defecit. Hinc autem apparet, prius teſtamentum non eò minùs rumpi per poſterius, quòd in priore hæres purè, in poſteriore ſub conditione ſcriptus eſt, quamvis in uno eodemque teſtamento ſubjecta puræ inſtitutioni conditio nihil operetur, *l. ſi te 27. §. 1. de hær. inſt.* Etenim tam ſolemne riteque per omnia factum habetur teſtamentũ, quo hæres inſtitutus eſt ſub conditione, quàm quo purè, *§. hæres 9. ſup. de hær. inſt.* pendetque hoc totum à ſola voluntate teſtatoris. Contractus verò puros per conditionales non reſolvi, mirum non eſt, veluti ſi id quod purè emi, rurſus emam ſub conditione: nam poſteriore emptione ideò nihil agitur, quia jam mihi quæſita eſt actio ex emptione priore, *l.7.in pr.de reſc. vend.*

His caſibus pater jam inteſtatus moritur] Id eſt, exitum inteſtati facit, res redit ad cauſam inteſtati: nemine enim hæreditatem adeunte vis omnis teſtamenti ſolvitur, adeò ut nihil interſit, utrùm aliquis teſtatus non ſit an hærede deſtituatur, *l. ſi nemo 181. de reg. jur.* Sed de hoc ex profeſſo *inſ.tit.de hær.quæ ab int.def.in pr.*

TEXTUS.

De poſteriore, in quo hæres certæ rei inſtitutus.

3. *Sed & ſi priore teſtamento jure perfecto poſterius æquè jure fecerit; etiamſi ex certis rebus in eo hæredem inſtituerit: ſuperius teſtamentum ſublatum eſſe, divi Severus & Antoninus Auguſti reſcripſerunt: cujus conſtitutionis verba & hic inſeri juſſimus, quum aliud quoque præterea in ea conſtitutione expreſſum ſit.* Imperatores Severus & Antoninus Auguſti Coccio

Cam-

Campano, Teſtamentum ſecundo loco factum, licèt in eo certarum rerum hæres ſcriptus ſit, perinde jure valere, ac ſi rerum mentio facta non eſſet: ſed & teneri hæredem ſcriptum, ut contentus rebus ſibi datis, aut ſuppleta quarta ex lege Falcidia, hæreditatem reſtituat his, qui in priore teſtamento ſcripti fuerant, propter inſerta fideicommiſſi verba, quibus ut valeret prius teſtamentum expreſſum eſt, dubitari non oportet. *Et ruptum quidem teſtamentum hoc modo efficitur.*

Notæ.

Ex certis rebus] Nam non minùs rectè inſtituitur hæres ex re certa, puta ex fundo, quàm ex parte hæreditatis, *l.1. §.4.l.9. §.13.l.10. de hær. inſt.*

Ac ſi rerum mentio facta non eſſet] Rei enim mentio poteſtate juris detrahitur, *dd. ll.* quia contradictionem implicat, hæredem eſſe rei ſingularis: itaque univerſa bona obtinebit, niſi cohæredem ſimpliciter aut ex parte ſcriptum acceperit, tunc enim legatarii loco eſt, *l. 41. in fin. de vulg. & pup. l.13. C.de hær. inſt.*

Ut valeret prius teſtamentum] Hæc clauſula cùm hoc efficere nequeat, ut prius teſtamentum in ſuo robore duret, & ita duo ſint unius teſtatoris teſtamenta, ſic accepta eſt, quaſi vim prioris teſtamenti in cauſam fideicommiſſi & codicillorum convertere teſtator voluerit, *l.19. de teſtam. mil.*

Commentarius.

1 *Appellatione quartæ Falcidiæ veteres paſſim quartam Senatuſconſulti intelligere.*
2 *Fideicommiſſa quandoque induci & ſine verbis fideicommiſſorum propriis ex voluntate teſtatoris.*
3 *Doctrinam hujus §. ad teſtamenta militum non pertinere; uti nec ſuperioris.*

Etiamſi ex certis rebus] Alia ampliatio præcedentis doctrinæ ex Mæciano *l. ſi quis 29. ad ſen Treb.* deſcripta; qua docemur, teſtamentum prius rumpi per id, quod ſecundo loco factum eſt, etiam tunc cum in poſterioribus tabulis hæres ex certis rebus, aut una aliqua re, ſingulari veluti fundo, inſtitutus eſt: idque efficitur certiſſima juris ratione: nam non minùs rectè inſtituitur hæres ex re certa, quàm ſimpliciter, aut ex parte hæreditatis; placetque hujuſmodi inſtitutionem valere perinde ac ſi rei mentio facta non eſſet, ut ſi quis ſolus ita inſtitutus ſit, is omnium bonorum hæreditatem conſequatur, *l.1.§.4.de hær. inſtit. l. cohæredi 41 in fin.de vulg. & pup.* Cùm igitur tale teſtamentum jure conſiſtat, neceſſe eſt, ut ſi ſecundo teſtamento hæres certæ rei ſcriptus fuerit, prius rumpatur juxta regulam.

Ac ſi rerum mentio facta non eſſet] Si quis ex re certa hæres inſtitutus ſit, valet inſtitutio, non ut ex ea re hæres fiat; nam hæredem eſſe rei ſingularis contradictionem implicat, cùm hæres ſine univerſitate bonorum intelligi non poſſit: ſed ut rei mentione poteſtate juris detracta perindè habeatur, quaſi ſimpliciter hæres ſcriptus eſſet; *l.1.§. ſi eo fundo 4.l.9.§. ſi duo 13.l.10. de hær.inſt.* & proindè niſi cohæredem habeat, univerſam hæreditatem obtinebit, *l. cohæredi 41. in fine de vulg.& pup.* Vide quæ ſcripſimus *ſub §. hæreditas 5.& §. & ſi plures 8. ſupr. de hær. inſt.*

Suppleta quarta ex lege Falcidia] Id eſt ex Senatuſconſulto Pegaſiano, quo quartæ ex fideicommiſſo hæreditatis retentio, aut ſuppletio, ſi minus relictum eſt, qui caſus hìc proponitur, permiſſa eſt, aut potiùs juxta mentem Juſtiniani, ex Senatuſconſulto Trebelliano, poſtquàm Pegaſianum abolitum, & vis ejus omnis in Trebelliano translata eſt, *§.ſed quia 7. inf. de fideicomm. hær.*
Familiare autem & perpetuum veteribus eſt, ut 1
etiam eam quartam, quæ ex Senatuſconſulto deducitur, quartam Falcidiæ appellent, uti videre eſt *in l. ratione 30. §. tametſi 7. l. Titia 86.l. accepis 93.ad leg.Falc.l.mulier, 22. §.2.l.deducta 58. §.3. ad ſen. Treb. l.2. in fin.de jur. eod.l. 20.C.ad l. Falc.cum ſimil.* Quamobrem neſcio quid ſibi velit Pacius, in margine lectorem monens, ne quartam Falcidiæ hoc loco pro quarta Trebelliani poſitam ſomniet. Quin illa potiùs ſomniculoſi hominis monitio eſt. In analyſi ſua accuratior fuit.

Quibus ut valeret prius teſtamentum] Propter hanc clauſulam potiſſimùm verba conſtitutionis Severi & Antonini juſſu Juſtiniani hic inſerta ſunt. Certi juris eſt, poſſe teſtatorem ab eo quem hæredem inſtituit, fideicommiſſum relinquere, eumque rogare, ut hæreditatem alteri reſtituat: proindè etſi quis in re certa inſtitutus eſt, quia valet inſtitutio, etiam fideicommiſſum hæreditatis utiliter ab eo relinquetur. Ut autem fideicō-
miſſum utiliter relictum intelligatur, non præci-
sè requirimus expreſſionem verborum, quę fidei- 2
commiſſorum propria ſunt, ut, *peto, volo, rogo, fidei tuæ committo*; ſed plerumque etiam ſine his verbis admittitur ex ſententia, & voluntate teſtatoris, *l. ubi 19. §. ad ſen. Treb.* quod etiam accidit in propoſito, cum teſtator poſteriore teſtamento cavet, ut priùs quoque teſtamentum valeat; deſunt enim hic verba fideicommiſſi, ſed optima ratione ex eo, quod cautum eſt, colligitur. Voluit teſtator, cùm ſecundum teſtamentum ordinaret, prius nihilominus valere. Id inutiliter hactenus cavetur, ut ad hæredes priore teſtamento ſcriptos directò hæreditas perveniat, ne duo ſint teſtamenta ejuſdem teſtatoris; ſed ut manifeſta voluntas defuncti, quoad per jus licet, conſervaretur, verba directa iſtius clauſulæ ad cauſam fideicommiſſi tracta ſunt, & benignè ſic accepta, quaſi hæres poſteriore teſtamento ſcriptus, rogatus eſſet hæreditatem reſtituere his, qui ſcripti ſunt in priore. Doctrina hujus & ſuperioris, §. ut hoc in tranſitu moneam, ad teſtamenta militum

Digitized by Google

non pertinet. Nam militi licet plura teſtamenta facere, ſive ſimul, ſive ſeparatim: nec prius pet poſterius rumpitur, ſi hoc animo miles fuerit, ut utrumque valeret. Quamobrem ſi in poſteriore teſtamento expreſsè caverit, ut prius quoque valeat, per hoc efficitur, ut duo ſint teſtamenta, & tam prior, quàm poſterior voluntas valeat jure directæ inſtitutionis: ſed ſi poſteriore teſtamento verbis precariis uſus fidei hæredis commiſerit, ut priores tabulæ valerent, in cauſam fideicommiſſi & codicillorum vim prioris teſtamenti intelligitur convertiſſe, *l. quærebatur 19. de teſtam. mil.*

TEXTUS.

De teſtamento irrito; & quibus modis ſit irritum.

4. *Alio autem modo teſtamenta jure facta infirmantur, veluti cùm is, qui fecit teſtamentum capite deminutus ſit: quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.*

COMMENTARIUS.

HActenùs de primo modo infirmandi teſtamenti ipſo jure, quo ſcilicet infirmatur ſalvo ſtatu teſtatoris, & rumpi in ſpecie dicitur. Sequitur alter, quo infirmatur ſtatu teſtatoris mutato; qua mutatione ſuperveniente in uſu juris propriè dicitur irritum fieri, *l. 6. §. irritum 5. l. 12. in fin. pr. de injuſt. rupt. taſt.*

Capite deminutus] Nec intereſt, qualis capitis deminutio intervenerit: omnibus enim modis capitis deminutionis ſtatus hominis mutatur, *ſup. de cap. dem. lib.* 1. & teſtamentum non eſt, niſi hominis liberi civis Romani, & patrisfam. quæ tria duobus temporibus in teſtatore requiruntur, teſtamenti facti & mortis, *§. non tamen 6. inf. eod.* Si verò quid poſtea ſupervenerit, quod ſtatum & conditionem perſonæ teſtatoris non mutet, veluti ſi poſt teſtamentum factum in furorem inciderit, aut bonis eis interdictum fuerit, aliud juris eſt, & teſtamentum ratum manet. De quo actum *ſup. tit. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Et primùm igitur irritum fit teſtamentum capitis deminutione maxima, quia per eam teſtor in ſervitutem redigitur, *d. l. 6. §. irritum.* Excipitur tamen quod factum eſt ab eo, qui ab hoſtibus captus eſt, ante captivitatem: quippe quod juris poſtliminii aut legis Corneliæ commento ſuſtinetur, *d. l. 6. §. pen. l. 12. qui teſt. fac. §. ult. ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt.* ibi latiùs hoc explicatur. Secundò capitis deminutione media, puta ſi teſtator in inſulam deportatus ſit; quoniam hoc modo è numero civium Romanorum tollitur, & ea omnia, quæ juris civilis ſunt, amittit, *§. 1. ſu. quib. mod. jus pat. pot. ſolv. l. ſunt quidam 17. §. 1. de pgn.* Quod autem Juriſconſultus *d. l. 6. §. ejus 7.* ait, teſtamentum ejus, qui deportatur, non ſtatim irritum fieri, ſed tunc demum, cum factum Princeps comprobavit, id explicandum ex *l. 2. §. 3. de pœn. l. 6. de interd. & releg.* atque ad præſidem referendum eſt, qui jus deportandi non habet: proconſul enim & præfectus urbi habent, *dd. ll.* Poſtremò & minima capitis deminutione teſtatoris teſtamentum ejus irritum fit, puta ſi ſe adrogandum dederit, *l. pen. §. 1. de bon. poſſ. ſec. tab. §. non tamen 6. inf. hoc tit.* quoniam fil. ſam. nec facere teſtamentum, nec ſcum teſtamento decedere poteſt. An autem emancipatione filiifam. veterani teſtamentum, de bonis caſtrenſibus factum, irritum fiat, quod negat Juriſconſultus, *d. l. 6. §. ult.* alibi tractatum eſt, *§. denique, ſup. de mil. teſt.* Atque hic caſus à teſtatore venit. Eſt alius, qui venit ab hærede, quo & ipſo ſuperveniente teſtamentum irritum fieri dicitur, ſcilicet ſi ex teſtamento nemo hæres extiterit: defectu enim hæredis etiam irritum dicitur fieri teſtamentum, *l. 1. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt. l. filium 20. de bon. poſſ. cont. tab. & in fragm. Ulp. tit. 23. §. 3.* & rectè quidem: nam in hæredis aditione atque exiſtentia conſiſtit vis omnis atque effectus teſtamenti. Cæterum ſæpiùs hoc caſu teſtamentum dicitur deſtitui, aut deſeri, *cum autem 7. & ſeq. de hær. quæ ab inteſt. l. 9. §. 2. de lib. & poſt. l. ult. de cond. inſt.* Nonnunquam etiam diſtinguitur hic caſus à teſtamento irrito facto, reſtricto ſcilicet irriti vocabulo ad ea teſtamenta, quæ infirmantur ſtatu teſtatoris mutato, *l. 1. in pr. de ſuis & legit. hær. inſr. de hær. quæ ab int. in pr.* Nec videtur hic modus proprius eſſe hujus loci, in quo id ſolùm quæritur, an idoneum ſit teſtamentum ad deferendam hæreditatem, Rarò etiam hodie contingit, ut teſtamentum deſtituatur, poſtquàm Juſtinianus aliis etiam perſonis poteſtatem adeundi fecit, *Nov. 1. cap. 1.* de quo *D. Groſ. libr. 1. manuduct. cap. 24. verſ. 300. Vranner.*

TEXTUS.

Cur dicatur irritum.

5. *Hoc autem caſu irrita fieri teſtamenta dicuntur, quum alioqui & quæ rumpuntur, irrita fiant; & ea, quæ ſtatim ab initio non jure fiunt, irrita ſint: Sed & ea, quæ jure facta ſunt, & poſtea per capitis deminutionem irrita fiunt, poſſumus nihilominus rupta dicere. Sed quia ſanè commodius erat, ſingulas cauſas ſingulis appellationibus diſtingui: ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facto rumpi vel irrita fieri.*

NOTÆ.

5. *Hoc caſu irrita*] Etiam irritum fieri teſtamentum dicitur, ſi ex eo nemo hæres extiterit, *l. 1. h. t. l. 20. cont. tab.* Ulp. *d. loc.*

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

NOn eſt novum in artibus & præſertim in hac noſtra diſciplina, ut verba, quæ vi ſua generalia ſunt, doctrinæ & diſtinctionis cauſa contrahantur ad ſignificandam certam ſpeciem, quò magis ſingulæ res ſingulis verbis ad certam ſpeciem traductis intelligantur. Ut hic oſtenditur exemplo rupti & irriti facti teſtamenti. Sic adoptio, cognatio, pactio, contractus, actio, &c. nomina ſunt, quæ per ſe generalem ſignificationem habent: ſæpè tamen his certa ſpecies ex inſtituto loquentis denotatur: quod tunc maximè fit, cum junguntur nominibus cognatæ ſignificationis.

Et quæ rumpuntur, irrita fiant] Rariſſimè autem hæc à noſtris confunduntur: quamquam tamen aliquando. Ita non attenta hac diſtinctione uſuve ſpeciali horum verborum, irritum teſtamentum fieri dicitur, cujus tabulæ inciſæ aut inductæ ſunt, *l.3. circa fin. l. ult. de his quæ in teſt. del. l. in fraudem* 15. §. 1. *de teſt. mil.* quo tamen caſu teſtamentum propriè rumpi dicitur, ſi ſpecialem verborum ſignificationem ſpectamus.

Quæ ab initio non jure fiunt, irrita ſint] Teſtamentum, quod ab initio non jure factum eſt, injuſtum noſtri appellant, ut apparet ex inſcriptione *& l. 1. tit. de injuſt. rup. irrit. fact. teſt.* Hoc rectè quidem & irritum dici poteſt, at ruptum nequaquam. Et notandum quoque, quod ait, quæ ab initio non jure fiunt, irrita eſſe, non irrita fieri: nam irrita eſſe ea rectè dicimus, quæ nunquam conſtiterunt; irrita fieri, ut & rumpi, ea demum, quæ cùm antea conſtarent, everſa ſunt. Privationem enim ſignificant; privatio autem, ut in ſcholis loquuntur, præſupponit habitum. Allegatur a noſtris in eam rem, *l.5. de injuſt. rupt.*

Singulas cauſas, Ε῎καςον πάθος, *ſingula vitia*, ut hæc appellant juris auctores, *leg. 1. 3. de tab. exhib. leg. 2. Cod. de edict. D. Hadr. toll. leg. 11. Cod. de probat.*

TEXTUS.

Quibus modis convaleſcit.

6. Non tamen per omnia inutilia ſunt ea teſtamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta ſunt. Nam ſi ſeptem teſtium ſignis ſignata ſunt, poteſt ſcriptus hæres ſecundùm tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem agnoſcere: ſi modò defunctus, & civis Romanus, & ſuæ poteſtatis mortis tempore fuerit. Nam ſi ideò irritum factum ſit teſtamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem teſtator amiſit, aut quia in adoptionem ſe dedit, & mortis tempore in adoptivi patris poteſtate ſit, non poteſt ſcriptus hæres ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſionem petere.

NOTÆ.

6. *Irrita facta ſunt*] Sed neque in cauſa teſtamenti rupti ſemper obſtat vitium, quo minùs ex eo bonorum poſſeſſio peti poſſit, veluti poſthumus præteritus vivo teſtatore deceſſerit, *l. 12. de lib. & poſt.* item ſi teſtator ſupremas tabulas incidit, ut priores ſupremas relinqueret, *l. pen. §. 2. ſec. tab.* Sed & ſi filius præteritus abſtineat, voluntas ex æquo & bono ſubſtinetur, *l. 17. hoc tit.* Non idem eſt, ſi teſtamentum non conſiſtat propter inhabilitatem perſonæ teſtatoris aut defectum ſolemnium, *l. 1. §. ſec. 8. tab. l. 12. Cod. de teſtam.*

Et ſuæ poteſtatis] In eo qui teſtamento facto ſe adrogandum dedit, non ſatis eſt ad obtinendam ex eo bonorum poſſeſſionem, quòd poſteà ſui juris effectus deceſſerit; ſed requiritur etiam nova aliqua voluntatis, à qua in alienam familiam tranſeundo receſſiſſe videtur, confirmatio, *d. l. pen. §. 2. ſec. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Notatur Triboniani negligentia.*
2 *Teſtamentum ruptum nativitate poſthumi præteriti, eo ante patrem mortuo vires recipere.*
3 *Cancellatione, inciſioneve poſterioris teſtamenti reſtitui prius, cujus tabulæ integræ manſerint.*
4 *Teſtamentum irritum factum maxima & media capitis deminutione teſtatoris, eo reſtituto convaleſcere etiam abſque nova voluntatis declaratione; ſecus ſi teſtator ſe adrogandum dederit, & poſtea ſui juris factus deceſſerit.*

HIc locus declarationem continet §. quarti. Meretur autem Tribonianus duplici nomine hic reprehendi; primùm quòd quæ rupti 1
& irriti facti teſtamenti communia ſunt, ita tradit, quaſi unius & nimirum irriti facti eſſent propria; deinde quia ſimpliciter ſcribit, teſtamenta per capitis deminutionem irrita facta, jure prætorio convaleſcere, ſi teſtator civis Rom. & ſui juris deceſſerit; cùm in quibuſdam tantùm hoc ſolum ſufficiat, in quibuſdam nova præterea declaratione voluntatis opus ſit, uti mox demonſtrabitur.

Per capitis deminutionem irrita facta] Quæ teſtamenta ab initio propter inhabilitatem perſonæ teſtantis non conſiſtunt, ea ex poſtfacto vires nullo jure capiunt; veluti ſi impubes, aut furioſus, aut filiusfam. teſtamẽtum fecerint, & deinde teſtamenti factionem habentes deceſſerint, hoc teſtamentum ne jure quidem prætorio ſubſtinetur, ut ex eo bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas peti poſſit, *l. 1. §. exigit 8 ſec. tab.* idemque eſt, ſi teſtamentum nullum ſit ob defectum ſolemnium

nium

Digitized by Google

nium juris; putà quia pauciores, quàm ſeptem teſtes adhibiti, aut ex ſeptem adhibitis quidam non ſignaverint, *l. 12. C. de teſtam.* De teſtamento autem in quo filius, qui fuit in poteſtate, præteritus eſt, non convenit, an quemadmodum id jure civili nullius momenti, ita quoque omnino nullum ſit & maneat jure prætorio. Sed verius eſt tale teſtamentum jure prætorio omninò nullum non eſſe, ſcriptoſque in eo hæredes, ſi præteritus ſe bonis paternis abſtinuit, poſſe accipere bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas; *arg. l. poſthumus 12. in fin. pr. l. ſi filio 17. de injuſt. rupt. l. ſi duobus 12. §. 1. cont. tab. l. 2. in pr. ſec. tab.* quod prolixè contra communem defendimus *ſub. tit. de exhær. lib.* Hæc autem non ſunt propria hujus loci: quippè in quo agitur de teſtamentis, quæ ab initio rectè facta deinde infirmata ſunt; quæriturque an poſtea ſublata cauſa infirmationis jure aliquo convaleſcant. Imperator quidem hoc in una tantùm ſpecie proponit, quando teſtamentum irritum factum eſt, ſive infirmatum, ob id quod teſtator capite minutus ſit: attamen ad aliam quoque ſpeciem eadem quæſtio pertinet, cum ſcilicet ruptum eſt, ſeu everſum, teſtatoris ſtatu non mutato. Videamus ergo de rupto, & de eo priùs poſtea cognituri de altera ſpecie, qua de hic agitur. Didicimus, teſtamentum rumpi duobus modis, agnatione ſui hæredis, & mutatione voluntatis. Fingamus igitur, poſthumum præteritum vivo patre deceſſiſſe: quæritur, an teſtamentum ruptum nativitate poſthumi, eo vita deinde ante patrem functo, vires recipiat. Et reſponſum eſt, ſi teſtamentum ſignatum fuerit, poſſe hæredem ſcriptum bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas accipere, & cum effectu, ut rem obtineat, licèt ſcrupuloſitas juris refragetur, *leg. poſthumus 12. de injuſt. rupt.* Unde intelligimus, jure quidem civili teſtamentum non reſtitui, ſed tamen prætorem ex bono & æquo voluntatem teſtatoris tueri. Additur in reſponſo, hoc ipſum etiam confirmatum eſſe reſcriptis Imperatorum: quæ confirmatio ideò fortaſſis acceſſit, quia poteſtatem prætoris excedere videri poterat, quod ex teſtamento intrinſecùs vitioſo defenderet hæredi ſcripto bonorum poſſeſſionem cum re, contra eos, qui alioqui rem ab inteſtato auferrent. Planè ſi poſthumus præteritus naſcatur poſt mortem teſtatoris, licèt illicò decedat, teſtamentum non reſtituitur; nec omnino cum decedit patre jam mortuo: nam cùm ſuus hæres ſit patri, ſtatim patri ipſo jure hæres exiſtit, & moriens hæreditatem ſibi jure quæſitam tranſmittit ad quoſvis hæredes legitimos: ad cujuſmodi ſpeciem pertinet *l. 2. Cod. de poſth. hær. inſt. Cujac. ad l. 7. de lib. & poſth.* Fingamus rurſus, teſtatorem teſtamentum, quod ſecundo loco feceral, ac
3 proindè quo prius ruptum erat, incidiſſe aut cancellaſſe. Quæritur, an reſtituatur prius, cujus tabulæ integræ manſerunt. Papinianus reſpondit ſi id hoc animo à teſtatore factum ſit, ut priores tabulas ſupremas relinqueret, voluntatem quæ defecerat, recenti judicio rediiſſe, & poſſe ſecundùm tabulas priores bonorum poſſeſſionem peti, *l. pæn. §. 2. ſec. tab.* At, inquies, an non ſic teſtamentum citra ullam ſolemnitatem nuda voluntate conſtituitur? Negat hoc Juriſconſultus *d. loc.* atque hanc objectionem ſic removet, ut dicat, non quæri hic de jure teſtamenti, ſed de viribus exceptionis. Quo ſignificat, recenti iſto judicio & ſimplici voluntate teſtatoris non conſtitui novum teſtamentum; ſed ſi ſcriptus priore teſtamento hæres agat & hæreditatem vendicet, eique objiciatur exceptio mutatæ voluntatis, poſſe eum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reverſæ, ſi conſtet, teſtatorem hoc animo poſterius teſtamentum inciſiſſe, ut prius iterum valere vellet. Utique enim hic animus ab hærede ſcripto omninò probandus eſt, per codicillos puta aut alias litteras, quibus teſtator palam declaraverit, ſe velle priores tabulas valere, alioqui eum, tanquam quem utriuſque voluntatis pœnituerit, inteſtatum potiùs decedere voluiſſe interpretabimur, *d. pæn. §. 2.* Unum tamen adhuc obſtat, quòd prius teſtamentum dicitur rumpi ipſo jure, *l. ſancimus 27. C. de teſtam.* Quomodò ergo agi poterit ex eo, quod ipſo jure ruptum eſt? Reſp. quòd ipſo jure prius rumpi, dicitur, id dici certò reſpectu, quoniam rumpitur hoc ſolo quòd aliud factum eſt, etiamſi teſtator prius non revocaverit. Et licèt quatenùs poſterius teſtamentum conſideratur, ut adhuc cōſiſtens & validum, prius ita ſublatum intelligatur, ut nihil in eo ſcriptum valeat, nec quiſquam ipſo jure agere aut quid petere ex eo poſſit: non ideò tamen abſurdum videri debet, quòd poſteriore inciſo aut deleto ea mente, ut prius iterum valeat, prius quoque vires recipiat: quippè cujus tabulæ integræ relictæ ſunt; & utique jam poſtremæ: nam quod jus extinctum reviviſcere negatur, id non obtinet, cum à re, quæ, ut DD. noſtri loquuntur, eſſentiam ſuam formalem & materialem retinuit, removetur impedimentum. *D. Menoch. conſ. 176. lib. 2. Fachin. 5. cont. 93. D. Tulden. comm. hic cap. 5. Io. DecKher 2. diſſ. 3. num. 30.* Ac proindè putarem teſtamentum hoc caſu valere etiam jure civili. Jam tempus eſt, ut ad textum §. noſtri accedamus, in quo tractat de convaleſcentia teſtamentorum, quæ per capitis deminutionem teſtatoris infirmata ſunt, uno verbo, irrita facta.

Si ſeptem teſtium ſignis ſignata] Hoc enim ſolum; ſemper tamen, in danda bonorum poſſeſſione juxta tabulas, prætor ſpectat, an teſtamentum ſeptem teſtium civium Romanorum ſignis ſignatum ſit, *l. poſthumus 12. in pr. de injuſt. rupt. Ulp. tit. 23. §. 5. & tit. 28. §. 5.* ita enim obſignatum eſſe oportet, ut jure prætorio valeat, ſeu eo jure, quo obſignatio introducta eſt, *§. 2. ſup. de teſt. ord.*

Si modò civis Romanus & ſuæ poteſtatis mortis tempore] Nihil ampliùs exigit ad petendam bonorum poſſeſſionem ex eo teſtamento, quod per capitis deminutionem irritum factum erat, quàm ut teſtator mortis tempore civis Romanus & ſui

juris fuerit, omiſſa eleganti diſtinctione, quam nobis ſuppeditat Papinianus *l. pen. §.2. ſec.tab.* Etenim intereſt, an ei, de cujus, integri capitis
4 poſtea mortui, teſtamento quæritur, maxima mediave, an minima contigerit capitis deminutio. Si maxima aut media, verbi gratia ſi capite damnatus ſit, & Princeps damnatum in integrum reſtituerit, quia nullum hic factum intervenit, ex quo colligi poſſit mutatio voluntatis teſtatoris, nihil cauſæ eſt, cur ad convaleſcentiam teſtamenti plus deſideremus, quàm ut teſtator priſtinum ſtatum receperit, *l.6. §. pæn. de injuſt. rupt.* Putarem etiam, teſtamentum damnati capitis, & indulgentia Principis poſtea reſtituti, ita convaleſcere, ut non ſolùm jure prætorio valeat, ſed jure etiam civili propter comparationem horum teſtamentorum cum eorum teſtamentis; qui capti ab hoſtibus poſtliminio redeunt, aut ibi decedunt, quorum teſtamenta jure civili vires recipere beneficio poſtliminii aut confirmatione legis Corneliæ conſtat, *d.l.6.§.pen.* niſi quis putet, comparationem iſtam pertinere dumtaxat ad ipſam convaleſcentiam, non ad modum convaleſcendi. At verò ſi minima capitis deminutio intervenerit, puta ſi quis teſtamento facto ſe adrogandum dederit, non ſatis eſt ad reſtitutionem teſtamenti, obtinendamque ex eo bonorum poſſeſſionem quòd poſtea ſui juris effectus deceſſerit; ſed præterea requiritur, ut recenti aliqua voluntate teſtamentum cõfirmatum ſit. Et meritò, quoniam qui ſe dat in adrogationem, non obſcurè à priori voluntate recedit, cùm ſciat, ſe una cum capite fortunas quoque ſuas in alienam familiam transferre, ut diſputat Papin. *d.l.pæn.§.2. ſec.tab.* ex quo loco explicandum quoque, & ſupplendum eſt, quod ſimpliciter item Paulus ſcripſit, teſtamentum valere, *l.8. §.3. de jur.C.cod.* ita fermè & Bart. *in d. l.6. §. pen. Mynſ. & Schneid. hic. Connan. 9. comm. 7.*

Et tempore mortis in adoptivi patris familia] Supple: *aut in ſervitute, aut conditione peregrinitatis.* Omnino enim prætor exigit, ut is cujus bonorum poſſeſſio datur, utroque tempore jus teſtamenti faciendi habuerit, & cum facit teſtamentum, & cum moritur: intermedium autem tempus non curat, *l.1. §. exigit. 8. de bon. poſſ. ſec. tab. Vlp. in fragm. tit. 23. §.5.*

TEXTUS.

De nuda voluntate.

7. *Ex eo autem ſolo non poteſt infirmari teſtamentum, quòd poſtea teſtator id noluerit valere: uſque adeò, ut & ſi quis poſt factum prius teſtamentum, poſterius facere cœperit, & aut mortalitate præventus, aut quia cum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum ſit, ne aliàs tabulæ priores jure factæ, irritæ fiant, niſi ſequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint: nam imperfectum teſtamentum ſine dubio nullum eſt.*

NOTÆ.

7 *Id noluerit valere*] Niſi poſt lapſum decennii à condito teſtamento voluntatem revocaverit, nimirum coram tribus teſtibus, *l.27.C.de teſtam.*

Vſque adeò] *l.2. hoc tit. l.18. de leg.3. l.21. §.2.C. de teſtam.* excipe imperfecta teſtamenta militum & parentum inter liberos, item niſi in poſteriore teſtamento imperfecto ſcripti, qui ab inteſtato veniunt, *d.l.2. hoc tit. d.l.21. §.1. cum auth. ſeq. & §.2. C. de teſtam.*

COMMENTARIUS.

1 *Nuda contraria voluntate teſtamentum ritè factum non infirmari, quantumvis coram ſeptem teſtibus declarata.*
2 *Redditur hujus juris ratio.*
3 *An plus hic operetur revocatio cauſata, quàm ſimplex.*
4 *Cur ne novi quidem teſtamenti inceptio vim prioris corrumpendi habeat.*
5 *Temperamenta ſuperioris doctrinæ.*

HIc §. rectiùs in continenti ſubjectus fuiſſet §. ſecundo aut tertio, quorum continet declarationem. Docuit ibi Imp. prius teſtamentum rumpi per poſterius, quod jure perfectum eſt. Unde etſi per ſe ſatis intelligitur, neque nudam revocantis voluntatem ad infirmationem teſtamenti ſufficere, neque adeò prius rumpi, etiamſi ſecundum fieri cœptum ſit, nec abſolutum latiùs tamen utrumque explicare voluit, & omnino latiùs adhuc à nobis explicandum eſt.

Quod teſtator id noluerit valere] Si quem prioris voluntatis pœniteat, malitque nunc inteſtatus decedere: parata ei eſt expeditiſſima ratio, tabulas incidat, deleat, cancellet, ſigna revellat, *leg. 1. §. pen. unde lib.* majorem enim vim facta habent, quàm verba, integriſque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio teſtamentum
ſolemniter factum non infirmat, *leg. militis 36.* 1
§.3. de teſtam. mil. leg. ſancimus 27. Cod. de teſtam. In tantum, ut etiamſi teſtator coram ſeptem teſtibus dixerit, nolle ſe teſtamentum, quod fecit, valere, nihilò tamen magis illud infirmetur, ut ex recepta ſententia tradunt *Clar. §. teſtament. quæſt. 91. Graſſ. §. Teſtamentum, quæſt. 84. num. 2. Iac. Vermey art. teſt. cap. 13. Angel. Vigl. Mynſ. Schneid. hic.* Et rectè. Nam ſi ne tunc quidem teſtamẽtum anteà factum infirmatur, cum ad aliud faciendum teſtator proceſſit, quod tantùm non conſummavit, quantò minùs infirmabitur ſola revocatione verbali? utique enim factum accedens ad voluntatem potentiùs operari debet ſimplici voluntatis declaratione. Hoc ipſum quoque manifeſtè probat *l. ſancimus 27. C. de teſtam.* ubi Juſtinianus ſancit, ut demum poſt lapſum

decen-

decennii, ſeu cùm à condito teſtamento, decem anni effluxerint, revocatione voluntatis teſtamentum infirmetur. Neque hic mihi quis dixerit, pertinere iſtam conſtitutionem ad eum caſum, quo tribus tantùm teſtibus revocatio munita eſt: nam ex hoc ipſo, quod Juſtinianus exigit, ut non pauciores, quàm tres teſtes ad revocationem adhibeantur, ut valida ſit ad infirmationem teſtamenti poſt fluxum decenii, ſatis intelligitur non aliud eum eſſe voluiſſe, ſi fortè plures teſtes intervenerint, ſive quinque, ſive ſeptem; quò enim plures adhibentur, eò verius eſt non eſſe pauciores tribus adhibitos. Et ſciendum eſt, Imperatorem illic abrogare conſtitutionem Honorii & Theodoſii, quæ extat *in l.6. C. Theod. de teſtam.* qua cautum erat, ut ſolo lapſu decennii teſtamentum revocatum intelligeretur, hoc eſt, ſi teſtator poſt conditum teſtamentum integros decem annos ſupervixiſſet, quamvis nulla ſecuta eſſet contraria voluntas: hoc enim Juſtinianus hactenus mutavit, ut noluerit ex ſolo lapſu decennii teſtamentum evaneſcere; ſed tunc, cùm ad lapſum tanti temporis expreſſa accederet revocatio; quam etiam revocationem non paucioribus, quàm tribus teſtibus muniri voluit, cùm aliàs ad probationem voluntatis, quæ teſtamentum non eſt, ordinarius teſtium numerus ſufficiat. Quotquot igitur teſtes intervenerint, adhuc cur-
2 ſus decennii neceſſarius eſt ad ſuſtinendam verbalem teſtamenti ſolemnis revocationem. Quæritur autem hujus juris ratio. Nam iniquum videtur eum bona defuncti obtinere, quem ea habere noluit: ac proindè etſi concedamus, ex ſummi juris ratione hæredes ſcriptos bona vindicare poſſe, cur tamen non dicimus, eos repelli poſſe exceptione finitæ defuncti voluntatis? Reſp. Periculoſum eſt æquitatem prætexere contra expreſſam juris auctoritatem; quod dubiè hac ratione nititur, quòd non videatur ſatis ſeriò improbaſſe voluntatem ſolemni teſtamento comprehenſam, qui nudè eam revocavit, tabulis teſtamenti integris ſervatis. Si enim teſtamentum omnino valere noluiſſet, poterat tabulas incidere, delere, poterat aliud teſtamentum condere; quod cùm non fecerit, præſumere licet, eum revocationis pœnituiſſe: ut non ſine ratione defendatur, majorem oportere vim eſſe teſtamenti, quod integrum & in ſuo ſtatu teſtator reliquit, quàm nudæ illius declarationis contrariæ, *fac. l. militis 36. §.3. de teſt. mil.* Ex quo loco ſimul diſcimus, ita jus eſſe, cum quæritur de inſtitutione hæredum: legatarios autem revocata voluntate
3 exceptione doli mali removeri. De cujus loci ſententia *vid. Ant. Fab. dec. 39. err.* 8. His ita conſtitutis, videamus, an non falſa ſit opinio Bartoli *in l. ſi jure* 18. *de legat. 3. & DD.* quos allegant & ſequuntur *Clarus §. teſtam. quæſt. 93. Vigl. Mynſing. Schneid. hic*, qui intereſſe putant, qua formula teſtator in revocando teſtamento uſus ſit, utrùm ſimpliciter dixerit, *nolo teſtamentum à me factum valere*: an cauſam adjecerit & hæc verba, *quia volo decedere inteſtatus*. Nam etſi ſimplicem revocationem non ſufficere fatentur, cauſatam tamen valere volunt, modò facta ſit coram ſeptem teſtibus. Quo jure etiam nos uti refert *Grot. lib. 2. introd. cap. 24.* Verùm nihil intereſſe, hac an illa formula teſtator utatur, apertè evincit *d. l. militis 36. §.3. de teſt. mil.* Et verò ſi hoc ipſo, quòd quis teſtamentum revocat, tacitè & per quamdam neceſſariam conſequentiam intelligitur velle decedere inteſtatus, cauſæ illa adjectio (quippe quæ non impedit, quòminus aliud teſtamentum poſtea condatur) facere non poteſt, ut majorem vim revocatio habeat, quàm ſi cauſa adjecta non eſſet. Et rectè Mantic. *lib. 2. de conj. ult. vol. tit. 15. num.* 19. ex Socino refert, diſtinctionem iſtam Bartoli captioſam eſſe vulgaribus teſtatoribus, qui cauſam neſciunt dicere, *quia inteſtatus decedere volo*; arbitranturque, id neceſſariò ex hoc ipſo ſequi; quòd teſtamentum revocant. Sed non debebat vir aliàs incomparabilis hoc argumento moveri, ut ſtatueret cum eod. Socino, Bald. Salic. *in d. l. ſancimus, C. de teſtam.* & aliis, quos allegat, ad revocandum teſtamentum ſufficere quamlibet ſimplicem voluntatis contrariæ declarationem factam coram ſeptem teſtibus: quam ſententiam abundè jam confutavimus. Unicum ſupradictæ diſtinctionis firmamentum affertur, *l. 1. §. pæn. ſi tab. teſt. null. ext.* ex verbis, *Vel quia alia ratione voluntatem teſtator mutavit, voluitque inteſtato decedere.* Sed nemo opinor tam infans eſt, qui non videat, Juriſconſultum ibi loqui non de ſimplici mutatione voluntatis, ſed quæ declarata ſit facto aliquo ſimili illis, quæ antea expreſſerat, inciſioni aut cancellationi, puta ſi teſtamentum induxerit, laceraverit, reſignaverit, &c. Habemus hujus ſententiæ defenſores, *Ant. Fab. dec. 39. err. 6. Bachov. in Treutl. volum. 2. diſp. 10. theſ. 7 Ant. Merend. 3. contr. 45.* Planè ad infirmationem teſtamenti nuncupativi putarem ſufficere ſimplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo teſtium numero, *arg. l. nihil 35. de reg. jur. cum Connan. 9. comm. 7. Vveſemb. in hunc §. Groenew de legib. abrog. hic.*

Vſque adeò] Amplificatio. Dixerat modò, nuda voluntate teſtamentum infirmari non poſſe: id nunc uſque adeò verum eſſe pronuntiat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi teſtamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat, ſed ita demum ſuperius teſtamentum ritè factum tollatur, ſi inferius æquè jure perfectum fuerit. Hic verò itidem ut in caſu præcedenti, æquum
eſſe videri poteſt, ut ſaltem hæredibus ab inte- 4
ſtato detur exceptio adverſus priore teſtamento ſcriptos hæredes, quos utique voluntate teſtatoris, aliud teſtamentum facere aggreſſi, mortuique antequàm illud perficeret, deſtitui conſtat, *per l. pæn. §. 2. ſec. tab.* Verùm obſtat hic quoque legum auctoritas, *l. 2. l. 11. de injuſt. rupt. l. ſi jure 18. de legat. 3. l. hanc conſultiſſima 21. §. 2. C. de teſtam. & hic text.* Quid quod in propoſito nec voluntatem defuncti ab inteſtato venientes habent? ponimus enim, in ſecundo teſtamento, quod imperfectum eſt, ſcriptos eſſe extraneos. Quamobrem cum

Digitized by Google

ſtatis, ut ſuperior illa, pendeat, ſed in ſola humanitate fundata ſit: idemque matri & avo materno hic conceſſum, quod patri, nec patri minùs circa liberos emancipatos, quàm in poteſtate conſtitutos, *vid. ſup.* §. 1. *eod.* Quamquam mores noſtri totum hoc adverſari videntur, dare alii, quantumvis filio, hæredem: & admiſſâ exemplari ſubſtitutione in liberis mente captis, ex ratione conſtitutionis Juſtiniani eadem porrigenda erit etiam ad liberos impuberes, etiamſi ſanæ mentis ſint, per ea, quæ *d.* §. 1. *num.* 3. Curiam tamen pro teſtamento pronuntiaſſe, poſteà intellexi. Sed & gentis noſtræ ſimplicitati conveniens eſſe multi exiſtimant, ut ſubſtitutiones directis verbis in ſecundùm eaſum factæ, puta hæredi inſtituto, & in caſum, *ſi heres erit*, & intra certum tempus deceſſerit, alius directò ſubſtituatur, valeant jure fideicommiſſi, quaſi factæ in codicillis, *arg. l. Scævola 76. ad ſen. Trebell.* & exemplo ſubſtitutionum militarium, *l. centurio 15. ff. junct. l. præcibus 7. 8. hoc tit.* Gudelini *libr. 2. de jur. noviſſ. cap. 5.* Cyprian. *cenſ. Belg. hic.* Grœnevv. *tract. de legib. abrog. eod.*

TITULUS XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Dig. lib. 28. Tit. 3.

Ratio ordinis.

EXPOSITA ſunt ea omnia, quæ ad conſtitutionem teſtamenti neceſſaria diximus initio tractatus de teſtamentis ordinandis. Sunt autem hæc tria; ut perſona teſtantis talis ſit, quæ teſtamenti factionem habeat; ut teſtamentum fiat adhibitis ſolemnitatibus tum communibus & externis, videlicet præſentibus ſeptem teſtibus idoneis, &c. tum internis & quorundam teſtatorum propriis, ſcilicet ut pater teſtaturus liberos, quos in poteſtate habet, hæredes inſtituat, aut nominatim exhæredet. His rebus aut una earum deficientibus teſtamentum ab initio nullum eſt, *l. 1. de injuſt. rupt. irr. fact. teſt.* Ubi autem hæc omnia concurrunt, habemus id, quod hactenus quæſitum eſt, juſtum ſive jure factum teſtamentum, *l. 4. qui teſt. fac.* Quia verò non ſatis eſt ad defendendam ex teſtamento hæreditatem, id ab initio juſtum eſſe, niſi & tale ad extremum perſeveret, rectè atque ordine Imperator facit, quòd priùs nobis proponat modos, quibus teſtamenta ritè facta infirmantur, quàm progrediatur ad diſputationem de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Quibus modis Teſtamenta infirmentur.

Teſtamentum jure factum uſque eò valet donec rumpatur irritumve fiat.

NOTÆ.

Donec rumpatur aut irritum] *Rumpi* & *irritum fieri* privationem ſignificant, & ideò propriè non niſi de iis, quæ jure ſubſiſtunt, prædicantur, *l. 5. hoc tit. de injuſt rupto, &c.* privatio enim, ut in ſcholis dicitur, præſupponit habitum. Quæ verò teſtamenta non jure facta ſunt, injuſta & nulla dicuntur, veluti ubi ſolennia deſunt, aut filius in poteſtate præteritus eſt, *leg. 1. l. 3. §. 4. l. 6. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

DOnec rumpatur irritumve fiat] Ratio infirmandi teſtamenti non una eſt: nam & ſententia judicis reſcinditur, ſi querela inſtituta inofficioſum pronuntiatum fuerit, de quo *tit. ſeq.* & à prætore data bonorum poſſeſſione contra tabulas, *tit. de bon. poſſ. cont. tab.* & citra factum judicis aut prætoris infirmatur ſola poteſtate juris: idque iterum duobus, iiſque diſcretis modis, quorum altero rumpi dicitur, altero irritum fieri. De teſtamento rupto diſputatur uſque ad §. 4 inde de irrito, adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia verò Juſtinianus rem totam non plenè explicat, nos operam dabimus, ut quicquid hujus rei eſt, penitus percipi poſſit ex noſtra in ſingulo hujus *tit.* §§. explicatione. De bonorum poſſeſſione contra tabulas, qua & ipſa jure prætorio teſtamentum reſcinditur, demum dicemus in ſecunda ſpecie acquiſitionis per univerſitatem, *infr. lib. 3. tit. 10.*

TEXTUS.

Quando teſtamentum dicatur rumpi. Primum de adoptione.

1. *Rumpitur autem teſtamentum, cum in eodem ſtatu manente teſtatore ipſius teſtamenti jus vitiatur. Si quis enim poſt factum teſtamentum adoptaverit ſibi filium per Imperatorem eum, qui eſt ſui juris, aut per prætorem, ſecundum noſtram conſtitutionem, eum, qui in poteſtate parentis fuerit, teſtamentum ejus rumpitur quaſi adgnatione ſui heredis.*

COMMENTARIUS.

CUm in eodem ſtatu manente teſtatore] Toties rumpi teſtamentum dicitur, quoties evertitur manente teſtatore in eodem ſtatu: eum verò

ſtatum

Digitized by Google

ſtatum mutat, id eſt capite minuitur, non rumpi, ſed irritum fieri teſtamentum propriè dicitur, §.4. *infr. eod.* Apparet igitur, *in eodem ſtatu* hic dici oppoſitivè reſpectu ejus modi, quo teſtamentum infirmatur ob id, quod teſtator in eodem ſtatu non manſit: quare expungenda eſt è paraphraſi Theophili negatio; & pro μὴ μείναντος, legendum μείναντος ἐπὶ τῆς αὐτῆς καταστάσεως: quomodò & in duobus regiis codicibus legi teſtatur Fabrotus. Porrò ut teſtatoris ſtatu non mutato teſtamentum infirmetur, uno verbo ut rumpatur, bifariam contingit, agnatione ſui hæredis, & mutatione voluntatis: ille modus hoc §. alter ſequenti, uno uterque exemplo declaratur.

Adoptaverit ſibi filium per Imperatorem] Id eſt adrogaverit; eſt enim periphraſis adrogationis, quæ ſpecies adoptionis eſt, per quam interveniente Principis auctoritate eum in filium adſcimus, qui ſui juris eſt. Stante repub. populum auctiorem fieri neceſſe erat, ut annotatum eſt, *lib. 1. tit. de adopt.*

Secundùm noſtram conſtitutionem] *L. pen. C. de adopt. vidè ſup. §. 2. eod.* Qua diſponit, ut ſi filius extraneæ perſonæ in adoptionem acciperetur, jura patris naturalis integra ſervarentur: ſi verò perſona non extranea, puta avus, nepotem ex filia aut filio emancipato in adoptionem acciperet, ſolvi jus patris naturalis, & tranſire adoptatum in poteſtatem & familiam hujus patris adoptivi. Significat igitur, hoc caſu per adoptionem teſtamentum rumpi, quaſi agnatione ſui hæredis: illo non item: cùm olim indiſtinctè quavis adoptione, ſicuti adrogatione, rumperetur, *l. 8. de injuſt. rupt. teſt.* Cæterum hi ita rumpunt, ſi præteriti ſint: nam ſi qui hæres antea inſtitutus erat, poſtea à teſtatore adrogetur, vel adoptetur, poteſt dici, ei ſatisfactum eſſe, *l. ſi quis 18. eod. tit. l. filio 23. §. 1 de lib. & poſthum.* Quid ſi exhæredatus ſit? Et Ulpianus Marcelli & Papiniani ſententiam probat, ut exhæredatio extraneo ſcripta ei poſtea adoptato non noceat, noceat autem filio emancipato, qui poſtea adrogatus ſit, *l. 8. §. ſi quis 7. & ſeq. cont. tab. d. l. 24. in pr. de lib. & poſth.* credo, quia in perſona extranei exhæredatio inepta & nulla eſt, de quo conſule Vigl.

Quaſi agnatione ſui hæredis] *L. verum 8. de injuſt. rupt.* multòque certiùs ſui hæredis agnatione vera & naturali, cum ſcilicet poſt teſtamentum factum teſtatori filius ex uxore naſcitur, *l. 3. §. 1. de injuſt. rupt.* Similiter nepos, qui tempore teſtamenti facti ſuus hæres avo non erat, patre remoto in locum ſui hæredis vivo avo ſucceſſerit, quaſi agnaſcendo, teſtamentum avi, quo præteritus eſt, rumpit, *l. poſthumorum 13. d. tit.* quæ ſpecies fortè hic ideò non repetuntur, quia alibi propoſitæ ſunt, *§. 1. & 2. ſup. de exhær. libr.* Huc etiam pertinent liberi naturales ſuſcepti ex concubina, & poſt factum, teſtamentum legitimati, ſive inſequenti matrimonio, ſive curiæ oblatione, ſive per reſcriptum Principis. Jam cùm hi etiam jura ſuorum hæredum conſequantur, *§. 2. inf. de hær. quæ ab int. Nov. 89 cap. & 9.* neceſſe eſt, ut & ipſi à patre præteriti teſtamentum rumpant quaſi agnatione.

TEXTUS.

De poſteriori teſtamento.

2. *Poſteriore quoque teſtamento, quod jure perfectum eſt, ſuperius rumpitur: nec intereſt, extiterit aliquis hæres ex eo, an non. Hoc enim ſolum ſpectatur, an aliquo caſu exiſtere potuerit. Ideoque ſi quis aut noluerit hæres eſſe, aut vivo teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequam hæreditatem adiret deceſſerit, aut conditione, ſub qua hæres inſtitutus eſt, defectus ſit: in his caſibus paterfam. inteſtatus moritur. Nam & prius teſtamentum non valet, ruptum à poſteriore; & poſterius æquè nullas vires habet, cum ex eo nemo hæres extiterit.*

NOTÆ.

2. *Superius rumpitur*] Etiamſi nominatim non revocetur, *l. 1. 2. eod. l. 27. Cod. de teſtam.* eo quippè voluntas rata eſſe debet, quæ noviſſima, *l. 4. de adim. leg.* ſic etiam leges poſteriores & pacta noviſſima derogant prioribus. Rumpitur quoque teſtamentum corruptis tabulis; puta delectis, inciſis, cancellatis, &c. *l. ult. h. t. l. 1. §. pen. §. 2. ſec. tab.*

Aut conditione defectus] Etenim tam ſolemne ritèque per omnia factum teſtamentum habetur, quo hæres inſtitutus eſt ſub conditione, quàm quo purè, *§. 9. ſup. de hær. inſt.*

COMMENTARIUS.

1 *Vis & effectus inciſionis teſtamenti, deletionis ſcripturæ, cancellationis, &c.*
2 *Inciſo, deleto, cancellato &c. teſtamento, utrùm hæreditas fiſco applicetur, an deferatur hæredibus legitimis.*
3 *An jura de inciſione, inductione &c. agentia accommodari debeant & ad teſtamenta nuncupativa, de quibus inſtrumentum conficitur, ut nunc moris eſt.*
4 *Cur prius teſtamentum etiam tabulis manentibus integris ſemper rumpatur à poſteriore.*
5 *Ad infirmandum prius teſtamentum neceſſe non eſſe, ut id in poſteriore nominatim revocetur.*
6 *Error Bachovii notatur & corrigitur.*
7 *Quid ſi prius teſtamentum contineat clauſulam derogatoriam poſterioris voluntatis.*
8 *Prius teſtamentum per poſterius tolli, etiamſi ex poſteriore nemo hæres extiterit.*
9 *Quibus modis fiat, ut hæres deficiat, & teſtamentum deſtituatur.*

Se-

Digitized by Google

SEcundus modus, quo teſtamentum initio ritè
factum poſtea rumpitur, eſt mutatio volunta-
tis teſtatoris. Hic modus iterum duplex eſt: nam
& corruptis tabulis ita rumpitur, & integris ma-
1 nentibus. Corruptis, ſi teſtator teſtamentum in-
ciderit, laceravit, ſcripturam induxerit, deleve-
rit, cancellaverit, ſigna amoverit aut turbaverit,
*tit. de his quæ in teſtam. delent. l. ult. de injuſt. rupt.
teſt. l. ad teſtium 22. §. 3. qui teſt. fac. l. 1. §. pæn. leg.
pæn. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab. leg. 12. l. pæn. Cod. de
teſtament.* niſi fortè non conſultò, ſed incautè quid
horum fecerit, aut ignorante eo contigerit: nam
tunc ſi legi adhuc, quod ſcriptum eſt, utcumque
poterit, ratum manebit teſtamentum, *l. 1. de his
quæ in teſt. del. d. l. pæn. Cod. de teſt.* Planè inductio
aut cancellatio non ultra operabitur, quàm ſcrip-
tura inducta aut cancellata eſt, *l. 2. & 3 d. tit. de
his quæ in teſt. del.* Neque ex pluribus teſtamenti
codicibus uno deleto aut inciſo teſtamẽtum ſub-
latum eſſe intelligitur, niſi hi, qui ab inteſtato
venire deſiderant, probaverint, id ideò à patref.
2 factum eſſe, ut inteſtatus moreretur, *l. ult. eod. tit.*
His autem modis teſtamento rupto, hæreditas
non applicabitur fiſco, ſed deferetur hæredibus
ab inteſtato, *d. l. pen. C. de teſtam. l. 1. §. pen. unde
liberi l. ult. de his quæ in teſt. del.* niſi ſpeciali odio
hæredum inductio facta probetur, quo in caſu
tanquam ab indignis hæreditatem fiſcus aufert,
*leg. 3. de tit. l. cum tabulis 16. §. 1. de his ut indign.
Clar. §. Teſtamentum qu. 93. num. 2. Mantic. de con
ject. ult. vol. lib. 12. tit. 1. num. 31. Paul. Buſ. ad l. 1.
& ſeqq. de his quæ ut indign.* Quæ de inciſione
aut cancellatione teſtamenti dicuntur, ea conſtat
ad teſtamenta nuncupativa, qua talia ſunt, appli-
3 cari non poſſe. Sed an his modis item rumpan-
tur, quæ, uti hodie moris eſt, per nuncupatio-
nem quidem fiunt, ſed ita ut voluntas ſuprema
juſſu teſtatoris ſcripto comprehendatur à Nota-
rio in ſcheda, unde mox diligentiùs exſcribatur
& in formam redigatur inſtrumenti, quæſitum
eſt. Julius Clarus *d. loc.* exiſtimat, inciſionem aut
cancellationem inſtrumenti ad caſſationem &
annullationem talis teſtamenti non ſufficere, ſi
protocollum notarii integrum relictum ſit; quod
& Viglio placere videtur, *in §. pen. h. tit.* cum ait,
non minùs talia teſtamenta ex verbis & voce
ſubſtantiam capere, quàm quæ ſcripta non ſunt,
& ideò diſcerptis ſcripturis nihilominus perma-
nere: cujus auctoritatem Senatus hujus provin-
ciæ in judicando aliquando ſecutus eſt, *Deciſ. Cur.
Holl. 1.* eamdemque ſententiam & Peckius probat
lib. 1. de teſt. conjug. cap. 4. Sed videamus, an non
& hæc teſtamenta in hoc, de quo quærimus, jure
ſcriptorum cenſenda ſint, cum *Paul. Caſtrenſ. in
l. pæn. C. de teſtam. n. 7. Vaſq. lib. 2. de ſucceſſ. creat.
requiſ. 8. num. 62. & requiſ. 17. n. 63. Graſſ. §. teſta-
mentum quæſt. 85, num. 2. Bachov. in Treutl. vol. 2.
diſput. 10. Theſ. 7.* Utique enim ex inciſione aut
delectione certò colligitur, teſtatorem noluiſſe
teſtamentum ampliùs valere: neque ratio pati-
tur, ut deſtructo delectove inſtrumento, in quo
tota vis probationis conſiſtit, dicamus, teſtamen-
tum nihilominùs robur ſuum retinere. Scien-
dum namque eſt, poſtquàm ex voluntate teſta-
toris, quæ ſchedula continebantur, in inſtrumen-
tum collata ſunt, ſimul omnem illius vim in in-
ſtrumentum collatam cenſeri; ac proindè, ceſ-
ſante jam officio ſchædulæ, totam vim depoſitio-
nis à ſolo inſtrumento dependere, adeò ut mor-
tuo teſtatore nihil ampliùs ad probationem ulti-
mæ voluntatis deſideretur, uti poſt *Gloſſ. & Bart.
in l. hæredes 21. de teſtam.* plerique tradiderunt.
*Sichard. in leg. hac conſultiſſima 21. §. per nuncu-
pationem, num. 1. Cod. eod. Mantic. de conſ. ult. vol.
lib. 1. tit. 6. n. 6. Afflict. deciſ. 116. num. 2.* Neque ob-
ſtat huic ſententiæ, *l. ult. de his quæ in teſtam. del.*
quoniam textus ille procedit, quando ex pluri-
bus unius teſtamenti inſtrumentis æquè princi-
palibus unum fortè teſtator delevit aut incidit,
non omnia, uti ſpecies proponitur, & in termi-
nis reſpondet Caſtr. *ubi ſup.* Etſi autem proto-
collum Notarii integrum relictum ſit, ex eo ta-
men voluntas ultima conſervata intelligi non de-
bet: quoniam protocollum nihil ad teſtatorem,
ſed notarius ex officio illud conficere tenetur fi-
dei & collationis gratia, & quia inſtrumentum
amitti poteſt. Cæterum priorem ſententiam &
Senatus Sabaudiæ probavit, Ant. Fab. *Cod. ſuo de
teſtament. deciſ. ult.* Integris tabulis manentibus 4
teſtamentum rumpitur ob mutationem volunta-
tis, ſi teſtator aliud teſtamentum fecerit: qui mo-
dus proponitur hoc §. & hanc rationem habet,
quòd unumquodque teſtamentum plenam uni-
verſi juris ſucceſſionem continet; ac proindè qui-
cumque teſtamentum facit, cenſetur de omnibus
bonis diſponere, ut non magis duo teſtamenta ſi-
mul cõſiſtere poſſint, quàm duo domini ejuſdem
rei in ſolidum conſtitui. Igitur cùm ex pluribus
teſtamentis unum tantùm conſiſtere poſſit, id va-
lere debet ex voluntate ipſius defuncti, quod no-
viſſimè factum eſt, per vulgata. Non obſtat, quòd
ſententia judicis prima, non poſtrema, rata habe-
tur: non enim ut teſtantis voluntas ambulatoria
eſt, ita & judicis: ſed judex ſimul ac ſententiam
dixit, officio ſuo functus eſt; & ideò iterum de
eadem re pronuntiandi poteſtatem non habet, *l.
judex 55. de re jud.* Planè ut priores tabulæ jure
factæ tollantur, oportet ſequentes quoque jure
ordinatas & perfectas eſſe, de quo pleniùs *ſub §.
pen. infr. eod.*

Superius rumpitur] *L. 1. l. 2. de injuſt. rupt. teſt.*
& quidem ob hoc ſolum, quòd aliud teſtamen-
tum poſteà factum eſt, quod Juſtinianus ſignifi-
cat, *l. ſancimus 27. C. de teſtam.* cum ait, ſecundo 5
teſtamento perfecto prius tolli ipſo jure. Non
eſt igitur neceſſe, ut poſteriore teſtamento men-
tio fiat prioris, nominatim vel id revocetur, quod
ipſius etiam rei natura ſatis demonſtrat: ac pro-
inde ſupervacua eſt notariorum clauſula, quam
poſterioribus tabulis inſerere ſolent, nimirum
teſtatorem revocare, caſſare & annullare teſta-
menta anteà à ſe facta. His autem conſequens
eſt, & codicillos, ſi qui facti fuerint, per poſte-
tius teſtamentum everti, quamvis expreſsè revo-

cati

Digitized by Google

cati non ſint: cum enim teſtamento facto codicilli jus ejus ſequantur, eo infirmato inſimul concidant neceſſe eſt, *l. 3. §. ult. l. ab inteſtato 16. de jur. cod. l. 1. C. eod. tit.* Quamobrem non rectè Bachovius ſcribit, generalem clauſulam, qua revocatur omnis præcedens diſpoſitio, ſupervacuam quidem eſſe, quod attinet ad infirmationem prioris teſtamenti, cùm id hoc ipſo, quòd aliud conditum eſt, evertatur: non autem quòd codicillos antea factos, quippe qui aliàs cum teſtamento conſiſterent. Hoc enim falſum eſſe, ſublato priore teſtamento per conſequentiam etiam codicillos corruere, etiamſi nulla revocatio prioris voluntatis facta ſit, ex locis modò allegatis perſpicuè paret. Planè ſi nullum teſtamentum, ſed codicilli tantùm antea facti proponantur, teſtamento poſtea facto hujuſcemodi clauſula otioſa non erit, poſtquàm placuit, codicillos, qui teſtamentum præcedunt, facto poſtea teſtamento vim ſuam non amittere, niſi appareat, teſtatorem à vo-
7 luntate, quam in codicillos expreſſerat, receſſiſſe, *§. 1. inf. de codicill.* Et fortaſſis hoc etiam ſenſit Bachovius. Sed quid ſi prius teſtamentum contineat clauſulam derogatoriam poſterioris voluntatis? Interpretes comm. cenſent, prius teſtamentũ habens talem clauſulam, per poſterius, quantumvis numeris omnibus abſolutum, non tolli; ac ne tunc quidem, quando poſterius continet revocationem generalem præcedentium omnium diſpoſitionum: ſed omnino ad infirmationem primi teſtamenti derogatorii neceſſarium eſſe, ut illius ſpecialis mentio & expreſſa revocatio fiat in ſecundo, per *l. ſi quis 22. de legat. 3. Gomez ad l. Tauri 3. num. 92. Covar. de teſt. p. 2. rubr. n. 5. Vaſq. de ſucceſſ. reſ. lib. 1. §. 1. num. 29. & ſeqq. Clar. d. §. teſtamentum qu. 99. Mantic. de conj. ult. vol. lib. 12. tit. 8. Pech. 1. de teſtam. conjug. c. 10. Graſſ. §. teſtamentum quæſt. 86. & ſeq. Iac. Verruvey art. teſt. cap. 13.* Quæ ſententia rationi juris parum convenire videtur, *arg. l. 6. §. 2. de jur. Cod. l. ult. in pr. de legat. 2. d. l. 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat. cum ſimil.* Notatur *à Cujac. 14. obſ. 7. Ant. Merend. lib. 4. contr. cap. 49.* Ant. Faber eam numerat inter graviſſimos errores, quos antiqui Gloſſatores invexerunt, *dec. 37. err. 7. err. 7. & ſeqq. & dec. 38. err. 1. & dec. ſeq.* In foro tamen recepta ac præjudiciis ſupremorum tribunalium comprobata eſt, *Guid. Pap. quæſt. 127. Papon. lib. 2. tit. de teſtam. arreſt. 4. & 5. Ant. Fab. Cod. ſuo tit. de teſt. defin. 9. & ſeqq. Ioan. à Sande lib. 4. tit. 1. defin. 10.* Nec deeſt color, quo tegi poſſit, *Grot. 2. manuduct. cap. 24.*

Nec intereſt, extiterit aliquis hæres ex eo &c.]
8 Quæ ſequuntur, continent ampliationem quamdam regulæ initio poſitæ, nimirum prius teſtamentum tolli per poſterius, non tantùm cùm ex poſteriore hæres extiterit, ſed etiam eo deſtituto, *l. 1. l. 16. de injuſt. rupt. teſt. l. 9. de lib. & poſth.* Quod hanc rationem habet, quòd aditio hæreditatis ab ſubſtantiam aut perfectionem teſtamenti, quæ ſola hic requiritur, non pertinet, nec prioris teſtamenti ſublatio pendet ab eventu aliquo, aut caſu contingente poſt mortem teſtatoris, ſed illud ſtatim vivo adhuc teſtatore, ipſo jure per poſterius rumpitur; ut proindè ſi poſteriores tabulæ ita ordinatæ ſint, ut ex iis hæreditas adiri potuerit, etiamſi contingat, ex iis hæreditatem non adiri, priores tamen tabulæ, utpote ſemel ruptæ, non reſtituantur. Pari ratione, ſi poſthumus priori teſtamento inſtitutus, vel exhæredatus ſit, poſteriore præteritus, & nato poſthumo poſterius rumpatur, nihilò magis reſtituetur prius: quod exemplum hic profert Bachovius.

Si quis aut noluerit, &c.] Enumeratio modorum, quibus fit, ut hæres deficiat, & teſtamentum
deſtituatur. Id fit in ſumma dupliciter, vel quia 9
hæres ſcriptus non vult hæres eſſe, repudiatque hæreditatem; vel quia hæres eſſe non poteſt: quod contingit, ſi vel deceſſerit vivo adhuc teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequàm hæreditatem adiret, (neque enim hæreditas non adita ad inſtituti hæredes tranſmittitur, exceptis perſonis comprehenſis *l. un. C. de his qui ant. ap. tab. l. un. §. in noviſſimo 5. C. de cad. toll.*) vel quia conditio ſub qua hæres inſtitutus erat, defecit. Hinc autem apparet, prius teſtamentum non eò minùs rumpi per poſterius, quòd in priore hæres purè, in poſteriore ſub conditione ſcriptus eſt, quamvis in uno eodemque teſtamento ſubjecta puræ inſtitutioni conditio nihil operetur, *l. ſi te 27. §. 1. de hær. inſt.* Etenim tam ſolemne ritèque per omnia factum habetur teſtamentũ, quo hæres inſtitutus eſt ſub conditione, quàm quo purè, *§. hæres 9. ſup. de hær. inſt.* pendetque hoc totum à ſola voluntate teſtatoris. Contractus verò puros per conditionales non reſolvi, mirum non eſt, veluti ſi id quod purè emi, rurſus emam ſub conditione: nam poſteriore emptione ideò nihil agitur, quia jam mihi quæſita eſt actio ex emptione priore, *l. 7. in pr. de reſc. vend.*

His caſibus paterfam. inteſtatus moritur] Id eſt, exitum inteſtati facit, res redit ad cauſam inteſtati: nemine enim hæreditatem adeunte vis omnis teſtamenti ſolvitur, adeò ut nihil interſit, utrùm aliquis teſtatus non ſit an hærede deſtituatur, *l. ſi nemo 181. de reg. jur.* Sed de hoc ex profeſſo *inf. tit. de hær. quæ ab int. def. in pr.*

TEXTUS.

De poſteriore, in quo hæres certæ rei inſtitutus.

3. *Sed & ſi priore teſtamento jure perfecto poſterius æquè jure fecerit; etiamſi ex certis rebus in eo hæredem inſtituerit: ſuperius teſtamentum ſublatum eſſe, divi Severus & Antoninus Auguſti reſcripſerunt: cujus conſtitutionis verba & hic inſeri juſſimus, cum aliud quoque præterea in ea conſtitutione expreſſum ſit.* Imperatores Severus & Antoninus Auguſti Coccio

Cam-

Digitized by Google

Campano, Teſtamentum ſecundo loco factum, licèt in eo certarum rerum hæres ſcriptus ſit, perinde jure valere, ac ſi rerum mentio facta non eſſet: ſed & teneri hæredem ſcriptum, ut contentus rebus ſibi datis, aut ſuppleta quarta ex lege Falcidia, hæreditatem reſtituat his, qui in priore teſtamento ſcripti fuerant, propter inſerta fideicommiſſi verba, quibus ut valeret prius teſtamentum expreſſum eſt, dubitari non oportet. *Et ruptum quidem teſtamentum hoc modo efficitur.*

Notæ.

Ex certis rebus] Nam non minùs rectè inſtituitur hæres ex re certa, puta ex fundo, quàm ex parte hæreditatis, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *l.* 10. *de hær. inſt.*

Ac ſi rerum mentio facta non eſſet] Rei enim mentio poteſtate juris detrahitur, *dd. ll.* quia contradictionem implicat, hæredem eſſe rei ſingularis: itaque univerſa bona obtinebit, niſi cohæredem ſimpliciter aut ex parte ſcriptum acceperit, tunc enim legatarii loco eſt, *l.* 41. *in fin. de vulg. & pup. l.* 13. *C. de hær. inſt.*

Ut valeret prius teſtamentum] Hæc clauſula cùm hoc efficere nequeat, ut prius teſtamentum in ſuo robore duret, & ita duo ſint unius teſtatoris teſtamenta, ſic accepta eſt, quaſi vim prioris teſtamenti in cauſam fideicommiſſi & codicillorum convertere teſtator voluerit, *l.* 19. *de teſtam. mil.*

Commentarius.

1 *Appellatione quartæ Falcidiæ veteres paſſim quartam Senatuſconſulti intelligere.*
2 *Fideicommiſſa quandoque induci & ſine verbis fideicommiſſorum propriis ex voluntate teſtatoris.*
3 *Doctrinam hujus §. ad teſtamenta militum non pertinere: uti nec ſuperioris.*

E*Tiamſi ex certis rebus*] Alia ampliatio præcedentis doctrinæ ex Marciano *l. ſi quis* 29. *ad ſen. Treb.* deſcripta; qua docemur, teſtamentum prius rumpi per id, quod ſecundo loco factum eſt, etiam tunc cum in poſterioribus tabulis hæres ex certis rebus, aut una aliqua re, ſingulari veluti fundo, inſtitutus eſt: idque efficitur certiſſima juris ratione: nam non minùs rectè inſtituitur hæres ex re certa, quàm ſimpliciter, aut ex parte hæreditatis; placerque hujuſmodi inſtitutionem valere perinde ac ſi rei mentio facta non eſſet, ut ſi quis ſolus ita inſtitutus ſit, is omnium bonorum hæreditatem conſequatur, *l.* 1. §. 4. *de hær. inſtit. l. cohæredi* 41 *in fin. de vulg. & pup.* Cùm igitur tale teſtamentum jure conſiſtat, neceſſe eſt, ut ſi ſecundo teſtamento hæres certæ rei ſcriptus fuerit, prius rumpatur juxta regulam.

Ac ſi rerum mentio facta non eſſet] Si quis ex re certa hæres inſtitutus ſit, valet inſtitutio, non ut ex ea re hæres fiat; nam hæredem eſſe rei ſingularis contradictionem implicat, cùm hæres ſine univerſitate bonorum intelligi non poſſit: ſed ut rei mentione poteſtate juris detracta perindè habeatur, quaſi ſimpliciter hæres ſcriptus eſſet; *l.* 1. §. *ſi eo fundo* 4. *l.* 9. §. *ſi duo* 13. *l.* 10. *de hær. inſt.* & proindè niſi cohæredem habeat, univerſam hæreditatem obtinebit, *l. cohæredi* 41. *in fine de vulg. & pup.* Vide quæ ſcripſimus *ſub §. hæreditas* 5. *& §. & ſi plures* 8. *ſupr. de hær. inſt.*

Suppleta quarta ex lege Falcidia] Id eſt ex Senatuſconſulto Pegaſiano, quo quartæ ex fideicommiſſo hæreditatis retentio, aut ſuppletio, ſi minus relictum eſt, qui caſus hìc proponitur, permiſſa eſt, aut potiùs juxta mentem Juſtiniani, ex Senatuſconſulto Trebelliano, poſtquàm Pegaſianum abolitum, & vis ejus omnis in Trebelliano translata eſt, §. *ſed quia* 7. *inf. de fideicomm. hær.*
Familiare autem & perpetuum veteribus eſt, ut 1
etiam eam quartam, quæ ex Senatuſconſulto deducitur, quartam Falcidiæ appellent, uti videre eſt *in l. ratione* 30. §. *tametſi* 7. *l. Titia* 86. *l. acceptis* 93. *ad leg. Falc. l. mulier*, 22. §. 2. *l. deducta* 58. §. 3. *ad ſen. Treb. l.* 2. *in fin. de jur. eod. l.* 20. *C. ad l. Falc. cum ſimil.* Quamobrem neſcio quid ſibi velit Pacius, in margine lectorem monens, ne quartam Falcidiæ hoc loco pro quarta Trebelliani poſitam ſomniet. Quin illa potiùs ſomniculoſi hominis monitio eſt. In analyſi ſua accuratior fuit.

Quibus ut valeret prius teſtamentum] Propter hanc clauſulam potiſſimùm verba conſtitutionis Severi & Antonini juſſu Juſtiniani hic inſerta ſunt. Certi juris eſt, poſſe teſtatorem ab eo quem hæredem inſtituit, fideicommiſſum relinquere, eumque rogare, ut hæreditatem alteri reſtituat: proindè etſi quis in re certa inſtitutus eſt, quia valet inſtitutio, etiam fideicommiſſum hæreditatis utiliter ab eo relinquetur. Ut autem fideicõmiſſum utiliter relictum intelligatur, non præciſè requirimus expreſſionem verborum, quę fidei- 2
commiſſorum propria ſunt, ut, *peto, volo, rogo, fidei tuæ committo*; ſed plerumque etiam ſine his verbis admittitur ex ſententia, & voluntate teſtatoris, *l. ubi* 19. §. *ad ſen. Treb.* quod etiam accidit in propoſito, cum teſtator poſteriore teſtamento cavet, ut priùs quoque teſtamentum valeat; deſunt enim hic verba fideicommiſſi, ſed optima ratione ex eo, quod cautum eſt, colligitur. Voluit teſtator, cùm ſecundum teſtamentum ordinaret, prius nihilominus valere. Id inutiliter hactenus cavetur, ut ad hæredes priore teſtamento ſcriptos directo hæreditas perveniat, ne duo ſint teſtamenta ejuſdem teſtatoris; ſed ut manifeſta voluntas defuncti, quoad per jus licet, conſervaretur, verba directa iſtius clauſulæ ad cauſam fideicommiſſi tracta ſunt, & benignè ſic accepta, quaſi hæres poſteriore teſtamento ſcriptus, rogatus eſſet hæreditatem reſtituere his, qui ſcripti ſunt in priore. Doctrina hujus & ſuperioris, §. ut hoc in tranſitu moneam, ad teſtamenta militum

non

non pertinet. Nam militi licet plura teſtamenta facere, ſive ſimul, ſive ſeparatim: nec prius per poſterius rumpitur, ſi hoc animo miles fuerit, ut utrumque valeret. Quamobrem ſi in poſteriore teſtamento expreſsè caverit, ut prius quoque valeat, per hoc efficitur, ut duo ſint teſtamenta, & tam prior, quàm poſterior voluntas valeat jure directæ inſtitutionis: ſed ſi poſteriore teſtamento verbis precariis uſus fidei hæredis commiſerit, ut priores tabulæ valerent, in cauſam fideicommiſſi & codicillorum vim prioris teſtamenti intelligitur convertiſſe, *l. quærebatur 19. de teſtam.mil.*

TEXTUS.

De teſtamento irrito; & quibus modis ſit irritum.

4. *Alio autem modo teſtamenta jure facta infirmantur, veluti cùm is, qui fecit teſtamentum capite deminutus ſit: quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.*

COMMENTARIUS.

HActenùs de primo modo infirmandi teſtamenti ipſo jure, quo ſcilicet infirmatur ſalvo ſtatu teſtatoris, & rumpi in ſpecie dicitur. Sequitur alter, quo infirmatur ſtatu teſtatoris mutato; qua mutatione superveniente in uſu juris propriè dicitur irritum fieri, *l.6.§. irritum 5. l.12.in fin.pr. de inuſt.rupt.teſt.*

Capite deminutus] Nec intereſt, qualis capitis deminutio intervenerit: omnibus enim modis capitis deminutionis ſtatus hominis mutatur, *ſup.de cap.dem.lib.* 1. & teſtamentum non eſt, niſi hominis liberi civis Romani, & patrisfam. quæ tria duobus temporibus in teſtatore requiruntur, teſtamenti facti & mortis, §.*non tamen 6.inf. eod.* Si verò quid poſtea ſupervenerit, quod ſtatum & conditionem perſonæ teſtatoris non mutet, veluti ſi poſt teſtamentum factum in furorem inciderit, aut bonis eis interdictum fuerit, aliud juris eſt, & teſtamentum ratum manet. De quo actum *ſup. tit. quib. non eſt perm.fac. teſt.* Et primùm igitur irritum fit teſtamentum capitis deminutione maxima, quia per eam teſtor in ſervitutem redigitur, *d.l.6.§. irritum.* Excipitur tamen quod factum eſt ab eo, qui ab hoſtibus captus eſt, ante captivitatem; quippe quod juris poſtliminii aut legis Corneliæ commento ſuſtinetur, *d.l.6.§.pen.l.12.qui teſt. fac. §.ult.ſup.quib. non eſt perm.fac.teſt.* ibi latiùs hoc explicatur. Secundò capitis deminutione media, puta ſi teſtator in inſulam deportatus ſit; quoniam hoc modo è numero civium Romanorum tollitur, & ea omnia, quæ juris civilis ſunt, amittit, §.1.*ſu.quib. mod. jus pat.pot.ſolv.l. ſunt quidam 17.§.1. de pœn.* Quod autem Juriſconſultus *d.l. 6. §.ejus 7.* ait, teſtamentum ejus, qui deportatur, non ſtatim irritum fieri, ſed tunc demum, cum factum Princeps comprobavit, id explicandum ex *l. 2. §. 3. de pœn. l.6.de interd.& releg.* atque ad præſidem referendum eſt, qui jus deportandi non habet: proconſul enim & præfectus urbi habent, *dd.ll.* Poſtremò & minima capitis deminutione teſtatoris teſtamentum ejus irritum fit, puta ſi ſe adrogandum dederit, *l.pen. §. 1. de bon.poſſ.ſec.tab.§.non tamen 6.inf.hoc tit.* quoniam filiusfam. nec facere teſtamentum, nec cum teſtamento decedere poteſt. An autem emancipatione filiifam. veterani teſtamentum, de bonis caſtrenſibus factum, irritum fiat, quod negat Juriſconſultus, *d.l.6.§.ult.* alibi tractatum eſt, §.*denique, ſup.de mil teſt.* Atque hic caſus à teſtatore venit. Eſt alius, qui venit ab hærede, quo & ipſo superveniente teſtamentum irritum fieri dicitur, ſcilicet ſi ex teſtamento nemo hæres extiterit: defectu enim hæredis etiam irritum dicitur fieri teſtamentum, *l. 1. de injuſt. rupt.irrit.fact.teſt.l.filium 20. de bon.poſſ.cont.tab. & in fragm.Ulp.tit.23.§.3.* & rectè quidem: nam in hæredis aditione atque exiſtentia conſiſtit vis omnis atque effectus teſtamenti. Cæterum ſæpiùs hoc caſu teſtamentum dicitur deſtitui, aut deſeri, *cum autem 7. & ſeq. de hær. quæ ab int. l.9.§.2.de lib. & poſt. l.ult. de cond inſt.* Nonnunquam etiam diſtinguitur hic caſus à teſtamento irrito facto, reſtricto ſcilicet irriti vocabulo ad ea teſtamenta, quæ infirmantur ſtatu teſtatoris mutato, *l.1.in pr.de ſuis & legit.hær.infr.de hær.qu.ab int.in pr.* Nec videtur hic modus propriùs eſſe hujus loci, in quo id ſolùm quæritur, an idoneum ſit teſtamentum ad deferendam hæreditatem, Raró etiam hodie contingit, ut teſtamentum deſtituatur, poſtquàm Juſtinianus aliis etiam perſonis poteſtatem adeundi fecit, *Nov.1.cap.1.* de quo *D. Grot. libr. 1.manuduct.cap. 24.verſ. 300. Vranner.*

TEXTUS.

Cur dicatur Irritum.

5. *Hoc autem caſu irrita fieri teſtamenta dicuntur, quum alioqui & quæ rumpuntur, irrita fiant, & ea, quæ ſtatim ab initio non jure fiunt, irrita ſint: Sed & ea, quæ jure facta ſunt, & poſtea per capitis deminutionem irrita fiunt, poſſumus nihilominus rupta dicere. Sed quia ſanè commodius erat, ſingulas cauſas ſingulis appellationibus diſtingui: ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facto rumpi vel irrita fieri.*

NOTÆ.

5. *Hoc caſu irrita*] Etiam irritum fieri teſtamentum dicitur, ſi ex eo nemo hæres extiterit, *l.1.h.t.l.20.cont.tab.* Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

NOn eſt novum in artibus & præſertim in hac noſtra diſciplina, ut verba, quæ vi ſua generalia ſunt, doctrinæ & diſtinctionis cauſa contrahantur ad ſignificandam certam ſpeciem, quò magis ſingulæ res ſingulis verbis ad certam ſpeciem traductis intelliganrur. Ut hic oſtenditur exemplo rupti & irriti facti teſtamenti. Sic adoptio, cognatio, pactio, contractus, actio, &c. nomina ſunt, quæ per ſe generalem ſignificationem habent; ſæpè tamen his certa ſpecies ex inſtituto loquentis denotatur: quod tunc maximè fit, cum junguntur nominibus cognatæ ſignificationis.

Et quæ rumpuntur, irrita fiant] Rariſſimè autem hæc à noſtris confunduntur: quamquam tamen aliquando. Ita non attenta hac diſtinctione uſuve ſpeciali horum verborum, irritum teſtamentum fieri dicitur, cujus tabulæ inciſæ aut inductæ ſunt, *l.3. circa fin. l. ult. de his quæ in teſt. del. l. in fraudem 15. §. 1. de teſt. mil.* quo tamen caſu teſtamentum propriè rumpi dicitur, ſi ſpecialem verborum ſignificationem ſpectamus.

Quæ ab initio non jure fiunt, irrita ſint] Teſtamentum, quod ab initio non jure factum eſt, injuſtum noſtri appellant, ut apparet ex inſcriptione *& l. 1. tit. de injuſt. rup. irrit. fact. teſt.* Hoc rectè quidem & irritum dici poteſt, at ruptum nequaquam. Et notandum quoque, quod ait, quæ ab initio non jure fiunt, irrita eſſe, non irrita fieri: nam irrita eſſe ea rectè dicimus, quæ nunquam conſtiterunt; irrita fieri, ut & rumpi, ea demum, quæ cùm antea conſtarent, everſa ſunt. Privationem enim ſignificant; privatio autem, ut in ſcholis loquuntur, præſupponit habitum. Allegatur a noſtris in eam rem, *l.5. de injuſt. rupt.*

Singulas cauſas, Ἕκαστον πάθος, ſingula vitia, ut hæc appellant juris auctores, *leg. 1. 3. de tab. exhib. leg. 2. Cod. de edict. D. Hadr. toll. leg. 11. Cod. de probat.*

TEXTUS.

Quibus modis convaleſcit.

6. Non tamen per omnia inutilia ſunt ea teſtamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta ſunt. Nam ſi ſeptem teſtium ſignis ſignata ſunt, poteſt ſcriptus heres ſecundùm tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem agnoſcere: ſi modò defunctus, & civis Romanus, & ſuæ poteſtatis mortis tempore fuerit. Nam ſi ideò irritum factum ſit teſtamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem teſtator amiſit, aut quia in adoptionem ſe dedit, & mortis tempore in adoptivi patris poteſtate ſit, non poteſt ſcriptus heres ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſionem petere.

NOTÆ.

6. Irrita facta ſunt] Sed neque in cauſa teſtamenti rupti ſemper obſtat vitium, quo minùs ex eo bonorum poſſeſſio peti poſſit, veluti poſthumus præteritus vivo teſtatore deceſſerit, *l. 12. de lib. & poſt.* item ſi teſtator ſupremas tabulas incidit, ut priores ſupremas relinqueret, *l. pen. §. 2. ſec. tab.* Sed & ſi filius præteritus abſtineat, voluntas ex æquo & bono ſubſtinetur, *l. 17. hoc tit.* Non idem eſt, ſi teſtamentum non conſiſtat propter inhabilitatem perſonæ teſtatoris aut defectum ſolemnium, *l. 1. §. ſec. 8. tab. l. 12. Cod. de teſtam.*

Et ſuæ poteſtatis] In eo qui teſtamento facto ſe adrogandum dedit, non ſatis eſt ad obtinendam ex eo bonorum poſſeſſionem, quòd poſteà ſui juris effectus deceſſerit; ſed requiritur etiam nova aliqua voluntatis, à qua in alienam familiam tranſeundo receſſiſſe videtur, confirmatio, *d. l. pen. §, 2. ſec. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Notatur Triboniani negligentia.*
2 *Teſtamentum ruptum naſcivitate poſthumi præteriti, eo ante patrem mortuo vires recipere.*
3 *Cancellatione, inciſioneve poſterioris teſtamenti reſtitui prius, cujus tabulæ integræ manſerint.*
4 *Teſtamentum irritum factum maxima & media capitis deminutione teſtatoris, eo reſtituto convaleſcere etiam abſque nova voluntatis declaratione; ſecus ſi teſtator ſe adrogandum dederit, & poſtea ſui juris factus deceſſerit.*

HIc locus declarationem continet §. quarti. Meretur autem Tribonianus duplici nomine hic reprehendi; primùm quòd quæ rupti 1
& irriti facti teſtamenti communia ſunt, ita tradit, quaſi unius & nimirum irriti facti eſſent propria; deinde quia ſimpliciter ſcribit, teſtamenta per capitis deminutionem irrita facta, jure prætorio convaleſcere, ſi teſtator civis Rom. & ſui juris deceſſerit; cùm in quibuſdam tantùm hoc ſolum ſufficiat, in quibuſdam nova præterea declaratione voluntatis opus ſit, uti mox demonſtrabitur.

Per capitis deminutionem irrita facta] Quæ teſtamenta ab initio propter inhabilitatem perſonæ teſtantis non conſiſtunt, ea ex poſtfacto vires nullo jure capiunt; veluti ſi impubes, aut furioſus, aut filiusfam. teſtamẽtum fecerint, & deinde teſtamenti factionem habentes deceſſerint, hoc teſtamentum ne jure quidem prætorio ſubſtinetur, ut ex eo bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas peti poſſit, *l. 1. §. exigit 8 ſec. tab.* idemque eſt, ſi teſtamentum nullum ſit ob defectum ſolem-

nium

nium juris; putà quia pauciores, quàm ſeptem teſtes adhibiti, aut ex ſeptem adhibitis quidam non ſignaverint, *l. 12. C. de teſtam.* De teſtamento autem in quo filius, qui fuit in poteſtate, præteritus eſt, non convenit, an quemadmodum id jure civili nullius momenti, ita quoque omnino nullum ſit & maneat jure prætorio. Sed verius eſt tale teſtamentum jure prætorio omninò nullum non eſſe, ſcriptoſque in eo hæredes, ſi præteritus ſe bonis paternis abſtinuit, poſſe accipere bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas; *arg. l. poſthumus 15. in fin. pr. l. filio 17. de injuſt. rupt. l. ſi duobus 12. §. 1. cont. tab. l. 2. in pr. ſec. tab.* quod prolixè contra communem defendimus *ſub. tit. de exhær. lib.* Hæc autem non ſunt propria hujus loci: quippè in quo agitur de teſtamentis, quæ ab initio rectè facta deinde infirmata ſunt; quæriturque an poſtea ſublata cauſa infirmationis jure aliquo convaleſcant. Imperator quidem hoc in una tantùm ſpecie proponit, quando teſtamentum irritum factum eſt, ſive infirmatum, ob id quod teſtator capite minutus ſit: attamen ad aliam quoque ſpeciem eadem quæſtio pertinet, cum ſcilicet ruptum eſt, ſeu everſum, teſtatoris ſtatu non mutato. Videamus ergo de rupto, & de eo priùs poſtea cogituri de altera ſpecie, qua de hic agitur. Didicimus, teſtamentum rumpi duobus modis, agnatione ſui hæredis, & mutatione voluntatis. Fingamus igitur, poſthumum præteritum vivo patre deceſſiſſe: quæritur, an teſtamentum ruptum nativitate poſthumi, eo vita deinde ante patrem functo, vires recipiat. Et reſponſum eſt, ſi teſtamentum ſignatum fuerit, poſſe hæredem ſcriptum bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas accipere, & cum effectu, ut rem obtineat, licèt ſcrupuloſitas juris refragetur, *leg. poſthumus 12. de injuſt. rupt.* Unde intelligimus, jure quidem civili teſtamentum non reſtitui, ſed tamen prætorem ex bono & æquo voluntatem teſtatoris tueri. Additur in reſponſo, hoc ipſum etiam confirmatum eſſe reſcriptis Imperatorum: quæ confirmatio ideò fortaſſis acceſſit, quia poteſtatem prætoris excedere videri poterat, quod ex teſtamento intrinſecùs vitioſo defenderet hæredi ſcripto bonorum poſſeſſionem cum re, contra eos, qui alioqui rem ab inteſtato auferrent. Planè ſi poſthumus præteritus naſcatur poſt mortem teſtatoris, licèt illicò decedat, teſtamentum non reſtituitur; nec omnino cum decedit patre jam mortuo: nam cùm ſuus hæres ſit patri, ſtatim patri ipſo jure hæres exiſtit, & moriens hæreditatem ſibi jure quæſitam tranſmittit ad quoſvis hæredes legitimos: ad cujuſmodi ſpeciem pertinet *l. 2. Cod. de poſth. hær. inſt. Cujac. ad l. 7. de lib. & poſth.* Fingamus rurſus, teſtatorem teſtamentum, quod ſecundo loco fecerat, ac
3 proindè quo prius ruptum erat, incidiſſe aut cancellaſſe. Quæritur, an reſtituatur prius, cujus tabulæ integræ manſerunt. Papinianus reſpondit ſi id hoc animo à teſtatore factum ſit, ut priores tabulas ſupremas relinqueret, voluntatem quæ defecerat, recenti judicio rediiſſe, & poſſe ſecundùm tabulas priores bonorum poſſeſſionem peti, *l. pæn. §. 2. ſec. tab.* At, inquies, an non ſic teſtamentum citra ullam ſolemnitatem nuda voluntate conſtituitur? Negat hoc Juriſconſultus *d. loc.* atque hanc objectionem ſic removet, ut dicat, non quæri hic de jure teſtamenti, ſed de viribus exceptionis. Quo ſignificat, recenti iſto judicio & ſimplici voluntate teſtatoris non conſtitui novum teſtamentum; ſed ſi ſcriptus priore teſtamento hæres agat & hæreditatem vendicet, eique objiciatur exceptio mutatæ voluntatis, poſſe eum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reverſæ, ſi conſtet, teſtatorem hoc animo poſterius teſtamentum inciſiſſe, ut prius iterum valere vellet. Utique enim hic animus ab hærede ſcripto omninò probandus eſt, per codicillos puta aut alias litteras, quibus teſtator palam declaraverit, ſe velle priores tabulas valere, alioqui eum, tanquam quem utriuſque voluntatis pœnituerit, inteſtatum potiùs decedere voluiſſe interpretabimur, *d. pæn. §. 2.* Unum tamen adhuc obſtat, quòd prius teſtamentum dicitur rumpi ipſo jure, *l. ſancimus 27. C. de teſtam.* Quomodò ergo agi poterit ex eo, quod ipſo jure ruptum eſt? Reſp. quòd ipſo jure prius rumpi, dicitur, id dici certò reſpectu, quoniam rumpitur hoc ſolo quòd aliud factum eſt, etiamſi teſtator prius non revocaverit. Et licèt quatenùs poſterius teſtamentum conſideratur, ut adhuc cōſiſtens & validum, prius ita ſublatum intelligatur, ut nihil in eo ſcriptum valeat, nec quiſquam ipſo jure agere aut quid petere ex eo poſſit: non ideò tamen abſurdum videri debet, quòd poſteriore inciſo aut deleto ea mente, ut prius iterum valeat, prius quoque vires recipiat: quippè cujus tabulę integræ relictæ ſunt; & utique jam poſtremæ: nam quod jus extinctum reviviſcere negatur, id non obtinet, cum à re, quæ, ut DD. noſtri loquuntur, eſſentiam ſuam formalem & materialem retinuit, removetur impedimentum. *D. Menoch. conſ. 176. lib. 2. Fachin. 5. cont. 93. D. Tulden. comm. hic cap. 5. Io. DecKher 2. diſſ. 3. num. 30.* Ac proindè putarem teſtamentum hoc caſu valere etiam jure civili. Jam tempus eſt, ut ad textum §. noſtri accedamus, in quo tractat de convaleſcentia teſtamentorum, quæ per capitis deminutionem teſtatoris infirmata ſunt, uno verbo, irrita facta.

Si ſeptem teſtium ſignis ſignata] Hoc enim ſolum; ſemper tamen, in danda bonorum poſſeſſione juxta tabulas, prætor ſpectat, an teſtamentum ſeptem teſtium civium Romanorum ſignis ſignatum ſit, *l. poſthumus 12. in pr. de injuſt. rupt. Ulp. tit. 23. §. 5. & tit. 28. §. 5.* ita enim obſignatum eſſe oportet, ut jure prætorio valeat, ſeu eo jure, quo obſignatio introducta eſt, *§. 2. ſup. de teſt. ord.*

Si modò civis Romanus & ſuæ poteſtatis mortis tempore] Nihil ampliùs exigit ad petendam bonorum poſſeſſionem ex eo teſtamento, quod per capitis deminutionem irritum factum erat, quàm ut teſtator mortis tempore civis Romanus & ſui

Digitized by Google

juris fuerit, omiſſa eleganti diſtinctione, quam nobis ſuppeditat Papinianus *l. pen. §.2. ſec. tab.* Etenim intereſt, an ei, de cujus, integri capitis
4 poſtea mortui, teſtamento quæritur, maxima mediave, an minima contigerit capitis deminutio. Si maxima aut media, verbi gratia ſi capite damnatus ſit, & Princeps damnatum in integrum reſtituerit, quia nullum hic factum intervenit, ex quo colligi poſſit mutatio voluntatis teſtatoris, nihil cauſæ eſt, cur ad convaleſcentiam teſtamenti plus deſideremus, quàm ut teſtator priſtinum ſtatum receperit, *l.6. §. pen. de injuſt. rupt.* Putarem etiam, teſtamentum damnati capitis, & indulgentia Principis poſtea reſtituti, ita convaleſcere, ut non ſolùm jure prætorio valeat, ſed jure etiam civili propter comparationem horum teſtamentorum cum eorum teſtamentis; qui capti ab hoſtibus poſtliminio redeunt, aut ibi decedunt, quorum teſtamenta jure civili vires recipere beneficio poſtliminii aut confirmatione legis Corneliæ conſtat, *d.l.6.§.pen.* niſi quis putet, comparationem iſtam pertinere dumtaxat ad ipſam convaleſcentiam, non ad modum convaleſcendi. At verò ſi minima capitis deminutio intervenerit, puta ſi quis teſtamento facto ſe adrogandum dederit, non ſatis eſt ad reſtitutionem teſtamenti, obtinendamque ex eo bonorum poſſeſſionem quòd poſtea ſui juris ſe effectus deceſſerit; ſed præterea requiritur, ut recenti aliqua voluntate teſtamentum cõfirmatum ſit. Et meritò, quoniam qui ſe dat in adrogationem, non obſcurè à priori voluntate recedit, cùm ſciat, ſe una cum capite fortunas quoque ſuas in alienam familiam transferre, ut diſputat Papin. *d.l.pen.§.2.ſec.tab.* ex quo loco explicandum quoque, & ſupplendum eſt, quod ſimpliciter item Paulus ſcripſit, teſtamentum valere, *l.8. §.3. de jur.C.eod.* ita fermè & Bart. *in d.l.6. §. pen. Mynſ.& Schneid. hic. Connan.9. comm. 7.*

Et tempore mortis in adoptivi patris familia] Supple: *aut in ſervitute, aut conditione peregrinitatis.* Omnino enim prætor exigit, ut is cujus bonorum poſſeſſio datur, utroque tempore jus teſtamenti faciendi habuerit, & cum facit teſtamentum, & cum moritur: intermedium autem tempus non curat, *l.1. §. exigit.8. de bon. poſſ. ſec. tab. Ulp. in fragm. tit.23. §.5.*

TEXTUS.

De nuda voluntate.

7. *Ex eo autem ſolo non poteſt infirmari teſtamentum, quòd poſtea teſtator id noluerit valere: uſque adeò, ut & ſi quis poſt factum prius teſtamentum, poſterius facere cœperit, & aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum ſit, ne aliàs tabulæ priores jure factæ, irritæ fiant, niſi ſequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint: nam imperfectum teſtamentum ſine dubio nullum eſt.*

NOTÆ.

7 *Id noluerit valere*] Niſi poſt lapſum decennii à condito teſtamento voluntatem revocaverit, nimirum coram tribus teſtibus, *l.27.C.de teſtam.*

Uſque adeò] *l.2. hoc tit. l.18. de leg.3. l.21. §.2.C. de teſtam.* excipe imperfecta teſtamenta militum & parentum inter liberos, item niſi in poſteriore teſtamento imperfecto ſcripti, qui ab inteſtato veniunt, *d.l.2. hoc tit. d.l.21. §.1. cum auth. ſeq. & §.2. C. de teſtam.*

COMMENTARIUS.

1 *Nuda contraria voluntate teſtamentum ritè factum non infirmari, quantumvis coram ſeptem teſtibus declarata.*
2 *Redditur hujus juris ratio.*
3 *An plus hic operetur revocatio cauſata, quàm ſimplex.*
4 *Cur ne novi quidem teſtamenti inceptio vim prioris corrumpendi habeat.*
5 *Temperamenta ſuperioris doctrinæ.*

HIc §. rectiùs in continenti ſubjectus fuiſſet §. ſecundo aut tertio, quorum continet declarationem. Docuit ibi Imp. prius teſtamentum rumpi per poſterius, quod jure perfectum eſt. Unde etſi per ſe ſatis intelligitur, neque nudam revocantis voluntatem ad infirmationem teſtamenti ſufficere, neque adeò prius rumpi, etiamſi ſecundum fieri cœptum ſit, nec abſolutum latiùs tamen utcumque explicare voluit, & omnino latiùs adhuc à nobis explicandum eſt.

Quod teſtator id noluerit valere] Si quem prioris voluntatis pœniteat, malitque nunc inteſtatus decedere: parata ei eſt expeditiſſima ratio, tabulas incidat, deleat, cancellet, ſigna revellat, *leg. 1. §. pen. unde lib.* majorem enim vim facta habent, quàm verba, integriſque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio teſtamentum ſolemniter factum non infirmat, *leg. militis 36. §.3. de teſtam. mil. leg. ſancimus 27. Cod. de teſtam.* In tantum, ut etiamſi teſtator coram ſeptem teſtibus dixerit, nolle ſe teſtamentum, quod fecit valere, nihilò tamen magis illud infirmetur, ut ex recepta ſententia tradunt *Clar. §. teſtament. quæſt.91. Gl. §. Teſtamentum, quæſt.84. num.2. Iac. Vermey art. teſt. cap. 13. Angel. Vigl. Mynſ. Schneid. hic.* Et rectè. Nam ſi ne tunc quidem teſtamentum anteà factum infirmatur, cum ad aliud faciendum teſtator proceſſit, quod tantùm non conſummavit, quantò minùs infirmabitur ſola revocatione verbali? utique enim factum accedens ad voluntatem potentiùs operari debet ſimplici voluntatis declaratione. Hoc ipſum quoque manifeſtè probat *l. ſancimus 27. C. de teſtam.* ubi Juſtinianus ſancit, ut demum poſt lapſum decen-

Digitized by Google

decennii, ſeu cùm à condito teſtamento, decem anni effluxerint, revocatione voluntatis teſtamentum infirmetur. Neque hic mihi quis dixerit, pertinere iſtam conſtitutionem ad eum caſum, quo tribus tantùm teſtibus revocatio munita eſt: nam ex hoc ipſo, quod Juſtinianus exigit, ut non pauciores, quàm tres teſtes ad revocationem adhibeantur, ut valida ſit ad infirmationem teſtamenti poſt fluxum decenii, ſatis intelligitur non aliud eum eſſe voluiſſe, ſi fortè plures teſtes intervenerint, ſive quinque, ſive ſeptem; quò enim plures adhibentur, eò verius eſt non eſſe pauciores tribus adhibitos. Et ſciendum eſt, Imperatorem illic abrogare conſtitutionem Honorii & Theodoſii, quæ extat *in l.6. C. Theod. de teſtam.* qua cautum erat, ut ſolo lapſu decennii teſtamentum revocatum intelligeretur, hoc eſt, ſi teſtator poſt conditum teſtamentum integros decem annos ſupervixiſſet, quamvis nulla ſecuta eſſet contraria voluntas: hoc enim Juſtinianus hactenus mutavit, ut noluerit ex ſolo lapſu decennii teſtamentum evaneſcere; ſed tunc, cùm ad lapſum tanti temporis expreſſa accederet revocatio; quam etiam revocationem non paucioribus, quàm tribus teſtibus muniri voluit, cùm aliàs ad probationem voluntatis, quæ teſtamentum non eſt, ordinarius teſtium numerus ſufficiat. Quotquot igitur teſtes intervenerint, adhuc cur-
2 ſus decennii neceſſarius eſt ad ſuſtinendam verbalem teſtamenti ſolemnis revocationem. Quæritur autem hujus juris ratio. Nam iniquum videtur eum bona defuncti obtinere, quem ea habere noluit: ac proindè etſi concedamus, ex ſummi juris ratione hæredes ſcriptos bona vindicare poſſe, cur tamen non dicimus, eos repelli poſſe exceptione finitæ defuncti voluntatis? Reſp. Periculoſum eſt æquitatem prætexere contra expreſſam juris auctoritatem; quod dubiè hac ratione nititur, quòd non videatur ſatis ſeriò improbaſſe voluntatem ſolemni teſtamento comprehenſam, qui nudè eam revocavit, tabulis teſtamenti integris ſervatis. Si enim teſtamentum omnino valere noluiſſet, poterat tabulas inciderе, delere, poterat aliud teſtamentum condere; quod cùm non fecerit, præſumere licet, eum revocationis pœnituiſſe: ut non ſine ratione defendatur, majorem oportere vim eſſe teſtamenti, quod integrum & in ſuo ſtatu teſtator reliquit, quàm nudæ illius declarationis contrariæ, *fac. l. militis 36. §. 3. de teſt. mil.* Ex quo loco ſimul diſcimus, ita jus eſſe, cum quæritur de inſtitutione hæredum: legatarios autem revocata voluntate
3 exceptione doli mali removeri. De cujus loci ſententia *vid. Ant. Fab. dec. 39. err.* 8. His ita conſtitutis, videamus, an non falſa ſit opinio Bartoli *in l. ſi jure* 18. *de legat. 3. & DD.* quos allegant & ſequuntur *Clarus §. teſtam. quæſt. 93. Vigl. Mynſing. Schneid. hic*, qui intereſſe putant, qua formula teſtator in revocando teſtamento uſus ſit, utrùm ſimpliciter dixerit, *nolo teſtamentum à me factum valere*: an cauſam adjecerit & hæc verba, *quia volo decedere inteſtatus*. Nam etſi ſimplicem revocationem non ſufficere fatentur, cauſatam tamen valere volunt, modò facta ſit coram ſeptem teſtibus. Quo jure etiam nos uti refert *Grot. lib. 2. introd. cap. 24.* Verùm nihil intereſſe, hac an illa formula teſtator utatur, apertè evincit *d. l. militis 36. §. 3. de teſt. mil.* Et verò ſi hoc ipſo, quòd quis teſtamentum revocat, tacitè & per quamdam neceſſariam conſequentiam intelligitur velle decedere inteſtatus, cauſæ illa adjectio (quippe quæ non impedit, quòminus aliud teſtamentum poſtea condatur) facere non poteſt, ut majorem vim revocatio habeat, quàm ſi cauſa adjecta non eſſet. Et rectè Mantic. *lib. 2. de conj. ult. vol. tit. 15. num.* 19. ex Socino refert, diſtinctionem iſtam Bartoli captioſam eſſe vulgaribus teſtatoribus, qui cauſam neſciunt dicere, *quia inteſtatus decedere volo*; arbitranturque, id neceſſariò ex hoc ipſo ſequi; quòd teſtamentum revocant. Sed non debebat vir aliàs incomparabilis hoc argumento moveri, ut ſtatueret cum eod. Socino, Bald. Salic. *in d. l. ſancimus, C. de teſtam.* & aliis, quos allegat, ad revocandum teſtamentum ſufficere quamlibet ſimplicem voluntatis contrariæ declarationem factam coram ſeptem teſtibus: quam ſententiam abundè jam confutavimus. Unicum ſupradictæ diſtinctionis firmamentum aſſertur, *l. 1. §. pæn. ſi tab. teſt. null. ext.* ex verbis, *Vel quia alia ratione voluntatem teſtator mutavit, voluitque inteſtato decedere*. Sed nemo opinor tam infans eſt, qui non videat, Juriſconſultum ibi loqui non de ſimplici mutatione voluntatis, ſed quæ declarata ſit facto aliquo ſimili illis, quæ antea expreſſerat, inciſioni aut cancellationi, puta ſi teſtamentum induxerit, laceraverit, reſignaverit, &c. Habemus hujus ſententiæ defenſores, *Ant. Fab. dec. 39. err. 6. Bachov. in Treutl. volum. 2. diſp. 10. theſ. 7. Ant. Merend. 3. contr. 45*. Planè ad infirmationem teſtamenti nuncupativi putarem ſufficere ſimplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo teſtium numero, *arg. l. nihil 35. de reg. jur. cum Connan. 9. comm. 7. Vveſemb. in hunc §. Groenew de legib. abrog. hic*.

Vſque adeò] Amplificatio. Dixerat modò, nuda voluntate teſtamentum infirmari non poſſe: id nunc uſque adeò verum eſſe pronuntiat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi teſtamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat, ſed ita demum ſuperius teſtamentum ritè factum tollatur, ſi inferius æquè jure perfectum fuerit.
Hic verò itidem ut in caſu præcedenti, æquum 4
eſſe videri poteſt, ut ſaltem hæredibus ab inteſtato detur exceptio adverſus priore teſtamento ſcriptos hæredes, quos utique voluntate teſtatoris, aliud teſtamentum facere aggreſſi, mortuique antequàm illud perficeret, deſtitui conſtat, *per l. pæn. §. 2. ſec. tab.* Verùm obſtat hic quoque legum auctoritas, *l. 2. l. 1 t. de injuſt. rupt. l. ſi jure 18. de legat. 3. l. hanc conſultiſſima 21. §. 2. C. de teſtam. & hic text.* Quid quod in propoſito nec voluntatem defuncti ab inteſtato venientes habent? ponimus enim, in ſecundo teſtamento, quod imperfectum eſt, ſcriptos eſſe extraneos. Quamobrem eum

Digitized by Google

illi, quos poſtremò teſtator voluit, hæreditatem ex imperfecto teſtamento obtinere non poſſint, ne convellantur jura omnia, quæ de ordinandis teſtamentis tam diligenter conſtituta ſunt, & quævis voluntas vim teſtamenti habeat, quos aliquando hæredibus ab inteſtato prætulit, eos etiam adhuc iiſdem præferri voluiſſe exiſtimandus eſt; atque in hunc eventum tabulas priores integras reliquiſſe, ut ſi poſteriores non conſiſterent, ex prioribus hæreditas aditi poſſit. Atque hoc eſt, quod ſcribit Pomponius *d.l.ſi jure 18. de legat.3.* credibile eſſe, teſtatorem ita demum à priore teſtamento velle recedi, ſi poſterius valiturum ſit.

Mortalitate præventus] Hujuſmodi teſtamentum imperfectum dicitur ratione voluntatis. Quippè duplex eſt imperfectio teſtamenti; una, ratione ſolemnium, puta ſi pauciores, quàm ſeptem teſtes intervenerint, aut ſi teſtes non ſignaverint ſubſcripſerintve, vel quid aliud, quod ad ſolemnitatem ordinationis pertinet, omiſſum ſit: altera, ratione voluntatis, veluti ſi cùm plura ordinare teſtator vellet, morte interceptus fuerit, aut in ipſo actu teſtandi furore correptus, *l. ſi is qui 25. qui teſt.fac. l.9. Cod. eod. Bald. in l.hac conſultiſſima 21. §.1.num.1.2.3.Cod. de teſtam.Sichard. ibid. nu.* quo loco uterque etiam notat, teſtamentum, quod ratione voluntatis & diſpoſitionis imperfectum eſt, nec inter liberos valere. Quod & *Cujac. in d. l.25.* notavit ex Accurſio: eſtque communis hæc recepta ſententia, *Vaſq; lib.3. de ſucc. creat. §.21. num.62.*

Divi Pertinacis oratione] Solebant olim Principes orationes in Senatu habere, aut ſcriptas ad Senatum mittere, in quarum ſententiam Senatuſconſulta concipiebantur: *leg. oratione 16.de rit. nupt. Tacit. lib.1. Oratione principis ſecuto patrum conſulto primi Hedui ſenatorum in urbe jus adepti ſunt*. Atque hæ Principum orationes etiam Senatuſconſulta nominantur; quandoque etiam leges. Sic oratio Divi Hadriani de petitione hæreditatis, *l. ſi & rem. 12 de hær. pet.* Senatuſconſultum paſſim appellatur, *l.item veniunt.20.§. præterea 6 & multis ſeqq. eod. tit.* Jul. Capitolinus hanc ipſam orationem Pertinacis legem, mox etiam Senatuſconſultum nominat in Pertinace: *Legem ſanè tulit*, inquit, *ut teſtamenta priora in prius eſſent irrita, quàm alia perfecta eſſent, neve ob hoc fiſcus aliquando ſuccederet*. Et paulò poſt: *Addidit que Senatuſconſulto, &c.*

Jure ordinata & perfecta fuerint] Quæ legitimo modo fiunt, legitimè quoque ſolvi debent, *l.35. de reg.jur.* Hac ratione utitur etiam Harm.5 *tit.5. §.17.* Ab hac tamen regula excipienda ſunt ea teſtamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamen ſingulari valent, ut teſtamenta militum & parentum inter liberos. Teſtamentum factum jure militiæ inter imperfecta numeratur, *l.2. de injuſt. rupt.* atque ideò etiam imperfecto quovis poſteriore ſolvitur, *l. ejus 34. §.2. de teſt.mil.* & tamen per id, quòd jure militari ſecundo loco factum eſt, rumpitur præcedens perfectum, hoc eſt, factum jure communi, *d. l. 1. & d. l 34. §. ult.* Sed nimirùm hoc ex eo eſt, quòd teſtamentum militis jure privilegiario pro perfecto eſt, aut vim perfecti teſtamenti habet; quod autem rumpitur poſteriore jure communi non ritè facto, mirum videri non debet, quia etiam poſt miſſionis annum, irritum conſtituitur. Teſtamentum imperfectum factum à parente inter liberos & ipſum non minùs ex privilegio valet, quàm militis, *l.hac conſultiſſima 21. §.1. C.de teſtam.* Quare ſi pater, qui teſtamentum prius jure fecerat, poſtea aliud fecerit inter liberos; quamvis poſterius hoc imperfectum fuerit, tamen rumpitur prius. Illud etiam favore liberorum Juſtinianus conſtituit, ut tale teſtamentum non aliter rumpatur poſteriore, quàm ſi poſterius modis omnibus perfectum fuerit, & prius nominatim revocatum. *Nov.107.auth. hoc inter.C.de teſtam.* Præterea ſi cùm in priore teſtamento perfecto ſcripti eſſent extranei, in poſteriore autem imperfecto inſtituti ſint, qui ab inteſtato venire poſſunt, dummodò non minùs quàm quinque teſtes intervenerint, placet, infirmato priore teſtamento, poſteriorem hanc ſcripturam valere, non tamen tanquam teſtamentum, ſed tanquam voluntatem ultimam inteſtati, *d.l.hac conſultiſſima*, §.3. cujus voluntatis hic erit effectus, ut nulla quarta deducta ab hæredibus, priore teſtamento, quod infirmatum eſt, ſcriptis, ad hæreditatem admittantur ſcripti poſteriore, eaſque portiones per arbitrum familiæ erciſcundæ ſinguli conſequantur, quæ cuique adſcriptæ ſunt. Sed quid eſt, quod Juriſconſultus *in d.l.2. de injuſt. rupt.* ſimpliciter ſcribit, prius teſtamẽtum per poſterius imperfectum rumpi, ſi in eo ſcriptus eſt, qui ab inteſtato venire poteſt? Nimirum ſi in poſteriore imperfecto, in quo ſcripti, qui ab inteſtato rem habere poſſunt, omiſſa ſit aliqua ſolemnitas, quæ tantùm jure civili præcisè requiritur, non item jure prætorio, veluti ſi teſtes non ſubſcripſerint, ſi filius inſtitutus aut exhæredatus non ſit: nam etiam hac ratione teſtamentum imperfectum rectè dicitur. Atque ita appellatur *in l.12. §.2. cont. tab.* quoniam inter cætera, quæ teſtamentum jure civili perficiunt, etiam hæc requiruntur. Rumpi igitur eo caſu teſtamentum prius dicimus, non jure civili, ſed honorario, data ſecundùm tabulas poſteriores, quæ modò ſeptem teſtium ſignis ſignata ſunt, cum re & effectu bonorum poſſeſſione, *arg. d.l,12.§.1. cont.tab.* quem locum diligenter & accuratè hic interpretatus eſt D.Bachovius.

TEXTUS.

Si Princeps litis cauſa, vel in Teſtamento imperfecto inſtitutus fuerit.

8. *Eadem oratione expreſſit, non admiſſurum ſe hereditatem ejus, qui litis cauſa Principem reliquerit heredem, neque tabulas non legitime factas, in quibus ipſe ob*

eam

Digitized by Google

eam cauſam hæres inſtitutus erat, probaturum: neque ex nuda voce hæredis nomen admiſſurum; neque ex nulla ſcriptura, cui juris auctoritas deſit, aliquid adepturum. Secundùm hoc divi Severus & Antoninus ſæpiſſimè reſcripſerunt. Licèt enim, *inquiunt*, legibus ſoluti ſimus, attamen legibus vivimus.

NOTÆ.

8. *Litis cauſa principem, &c.*] Capitol. *ubi ſup.* hoc enim invidioſum eſt, *l. pæn. de hær. inſt.* Plin. Paneg. *Non tu falſis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Ob eam cauſam] Quòd tabulæ non eſſent legitimæ factæ, ut rectè Cujac. & Fabrot. quod non percepit Th. nec Accurſ. nam Princeps nec legitimè factus probat, in quibus ipſe litis cauſa hæres ſcriptus eſt.

Legibus ſoluti] Princeps legibus civilibus ſolutus eſt, *l. 31. de legib. l. 3. Cod. de teſtam.* Dio. *lib. 53.*

Attamen legibus vivimus] Impp. *l. 2. Cod. Th. de cond. & hom. dom. Aug. Scribimus quidem leges, ſed ſequimur.* Plin. *Paneg. Ipſe te legibus ſubjeciſti* vid. *& l. 23. de leg. 3. l. 4. C. de legib. d. l. 3. Cod. de teſtam.*

COMMENTARIUS.

1 *An Principes Romani legibus ſoluti fuerint: & in univerſum, an & quatenus ſint Principes qui abſoluta jura majeſtatis habent.*

E*Adem oratione expreſſit*] *Ipſeque*, inquit de Pertinace loquens Capitolinus d. loc. *profeſſus eſt, nullius ſe aditurum hæreditatem, quæ aut adulatione alicujus delata eſſet, aut lite perplexa, ut legitimi hæredes & neceſſarii privarentur.* Addiditque Senatuſconſulto hæc verba; *Sanctius eſt, P. C. inopem rempub. obtinere, quàm ad divitiarum cumulum per diſcriminum atq; dedecorum veſtigia pervenire.* Procul dubio hac oratione ſanctiſſimus ſenex ſenatui declarare voluit, ſe longè alia ratione remp. temperaturum, quàm anteceſſor ejus Commodus Princeps flagitioſiſſimus fecerat: quem credibile eſt exemplum ſecutum fuiſſe ſui ſimillimi Imperatoris Domitiani de quo Sueton. *cap. 12.* ſic ſcribit: *Confiſcabantur alieniſſimæ hæreditates, vel exiſtente uno, qui diceret, audiviſſe ſe ex defuncto, cùm viveret, hæredem ſibi feciſſe Cæſarem.* Extat adversùs hujuſmodi improbitatem edictum Honorii & Theodoſii *in l. ſancimus 20. C. de teſtam.*

Qui litis cauſa Principem] Lex eſt, non debere cujuſquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cuiquam objici duriorem aut potentiorem adverſarium, *tot. titul. de alien. jud. mut. ca. & tit. Cod. ne lic. potent.* Huic legi ſe ſubmiſit Imp. Pertinax, profeſſus hoc amplius, ſe non admiſſurum hæreditatem, quæ litis cauſa Principi delata eſſet, minus hic ſibi permittens, quàm cuiquam privato, *l. 8. §. 2. de alien. jud. mut. ca.* Quippè invidioſum eſſe exiſtimavit, Principem litis cauſa, hoc eſt, in re controverſa & perplexa hæredem inſtitui, quo alii nomine Principis territi jus ſuum indefenſum relinquant, ac nefas eſſe, calumniæ facultatem ex Principali majeſtate capere, *l. pen. de hær. inſt. Paul. 5. ſent. 12.* Plin. *Panegyr. Non tu falſis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Neque tabulas non legitimè factas] Lex eſt, hæredem juſto teſtamento inſtituendum eſſe, neminemque poſſe ex tabulis non legitimè factis hæreditatem obtinere. Hanc legem etiam adversùs ſe valere optimus Princeps voluit, atque in ſua etiam perſona tabulas non legitimè factas improbavit. Secundùm quod ſæpiſſimè conſtitutum eſt, ex imperfecto teſtamento nec Imperatorem hæreditatem vendicare poſſe, *l. 3. Cod. de teſt.* Ait, *in quibus ipſe, ob eam cauſam.* Nempè quòd tabulæ non eſſent legitimè factæ, ut rectè Cujac. Quod non percepit Theoph. nec Accurſ. nam Princeps nec legitimè factus probat, in quibus ipſe litis cauſa ſcriptus eſt. Ait, *neque ex nuda voce.* Non quaſi Princeps hæres nuncupari non poſſit, aut hæres eſſe ἐκ τ̃ ἀγράφου διαθήκης, ut ſomniat Th. ſed *ex nuda voce*, id eſt, ex nuda voluntate ſine juris ſolemnibus.

Neque ex nulla ſcriptura, cui juris auctoritas deſit] Clauſula generalis, legata quoque & fideicommiſſa, non legitimo teſtamento relicta, complectens. Ex imperfecto teſtamento, ait Paulus *l. 23. de legat. 3.* legata vel fideicommiſſa Imperatorem vendicare inverecundum eſt. Huc etiam referendum, quod idem *Paul. 4. ſent. 5. & Ulp. l. 8. §. 2. de inoff. teſtam.* ſcribunt, teſtamentum, in quo Imperator hæres ſcriptus eſt, inofficioſum argui poſſe.

Licèt legibus ſoluti ſimus] Principes Romanos legibus ſolutos eſſe, ſcribit Dio. *lib 53.* atque id 1
ipſe ſic interpretatur, ut dicat, eos liberos eſſe ab omni legum coactione, nec ulla ſcripta lege teneri. Apparetque ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ reipub. aliquando uſurpatum ut populus aut ſenatus civem aliquem ob heroicam indolem ac ſingularem virtutem una aliqua lege ſolveret, puta ut ante ætatem legitimam magiſtratum gerere, aut intra tempora conſtituta eumdem repetere liceret, ſicut de Pompejo, Africano, Octavio, aliiſque permultis factum legimus; ita Principem poſteà, cùm civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus ſolutum fuiſſe, lege in eam rem ſemel expreſsè lata; quæ lex regia *in l. 1. de conſt. Princ.* lex imperii *in l. 3. C. de teſtam.* appellatur. Quod etiam ſignificare arbitror Ulp. *in l. Princeps 31. de legib.* Quamquàm neceſſe non erat, hoc caput legi regiæ inſerere: quandoquidem ex hoc ipſo, quòd alio capite ejuſdem legis populus jura majeſtatis omnia abdicativè in Principem tranſtulit, *d. l. 1. de conſt. Princ.* neceſſariò ſequitur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui abſolu-

ta jura majeſtatis habet, nihil ſupra ſe cernere poteſt, neque hominem neque legem, ut ait Alber. Gentilis in quæſtionibus regiis. *Deus*, inquit Juſtinianus, *leges ipſas Principi ſubjecit, eumque legem animatam miſit hominibus*. *Nov.*105. *c.*2. *in fin.* Jam verò qui ſupra leges eſt, cui leges ſubjectæ ſunt is, neceſſariò legibus eſt ſolutus, id eſt, legibus non tenetur; alioqui non illi leges, ſed ille legibus ſubjicitur, & qui ipſe lex eſt, in eum lex ferri non poteſt. Unde Plinius *in panegyr.* *Leges*, inquit, *Principi nemo ſcripſit*. Neque, cùm hoc dicimus, intelligimus ſolùm cum D. Thoma *q.*95. *art.*5. *par.*1. quem multi ſequuntur, Principem legibus ſolutum eſſe, quoad vim coactivam, ſed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc ſolam quæſtio pertinet; cùm ſi neges, ſecundùm vim dirigentem Principem legibus ſolutum eſſe, ſtatuas, Principem legibus obſtringi, tanquam quæ ipſi quoque latæ ſint. Alia autem quæſtio eſt de modo coercendi & puniendi non obedientes: Cæterum totum hoc pertinet ad leges civiles dumtaxat, non ad leges naturæ aut divinas, quibus cùm omnes homines ſubjiciantur, quatenus homines nati ſunt, omnino efficitur, aut Reges homines non eſſe, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperii fundamentales, maximè cùm in eas quoque ipſi Principes regnum ineuntes jurare ſoleant. De quibus legibus Bodinus *lib.*1. *de repub.* *c.*8. ſic ſcribit: *Quantum ad leges imperii attinet, cùm ſint cum ipſa majeſtate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec iis abrogari poteſt. Cujuſmodi,* inquit, *eſt lex Salica, regni hujus firmiſſimum fundamentum.*

Attamen legibus vivimus] Etſi hoc jus Principis eſt, ſi dignitatem ſpectes & imperii poteſtatem, ut legibus omnibus civilibus ſit ſolutus; tamen officium imperantis eſt, legibus vivere, iiſque parendo ſuo exemplo præire illis, quibus ſolis latæ ſunt. Quod ſignificat Paulus, *l. ex imperfecto* 23. *de legat.*3. his verbis; *Decet enim tantæ majeſtati, eas ſervare leges, quibus ipſe ſolutus eſſe videtur*. Et Imp. Alexander *l.*3. *C. de teſtam.* cum ait, *nihil tam proprium imperii eſſe, quàm legibus vivere*: eodemque modo explicanda, *l. digna vox, C. de legib.* & illud Plinii *in Panegyr. ad Trajan.* *Legibus te ſubjeciſti, quas nemo Principi ſcripſit*: item illa, *Non eſſe Principem ſupra leges, ſed leges ſupra Principem*. Nimirum Princeps *imperio maximus major eſt exemplo*, ut ait Paterculus, *lib.*1. *&* *Plin. d. loc.* *Vita Principis*, inquit, *perpetua cenſura eſt: ad hanc dirigimur; nec tam imperio nobis opus eſt, quàm exemplo*. Τίς γὰρ ἂν ἐθέλοι ἀπειθεῖν, ὁρῶν τὸν βασιλέα πειθόμενον; inquit Xenophon *in laudib. Ageſilai*. Claudianus *in Panegyr. de quarto conſulatu Honorii*, his verſibus Principem hujus officii commonefacit.

In commune jubes ſi quid, cenſeſve tenendum,
Primus juſſa ſubi: tunc obſervantior æqui
Fit populus, nec ferre negat, cùm viderit ipſum
Auctorem parere ſibi. Componitur orbis.
Regis ad exemplum: nec ſic inflectere ſenſus
Humanos edicta valent, ut vita regentis.

TITULUS XVIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Dig. lib. 5. *Tit.*2. *C. Lib.*3. *Tit.*28.

Continuatio, & argumentum Tituli. Unde nomen inofficioſi: tum, quorſum de hac quæſtione cognitio.

EXPLICATUR hic altera ratio infirmandi teſtamenti, cum ſcilicet non ipſo jure, ſed per ſententiam judicis reſcinditur, ex cauſa de inofficioſo contra teſtamentum pronuntiantis: quod eſt illud adminiculum, quod ſuperiùs dixit paulò poſt nobis manifeſtum fore, initio *tit. exhæredatione lib.* Locus hic latè patet, quamquam conciſus eſt Juſtinianus ut paſſim in hoc libello. Initio indicat ille cauſam introducendæ de inofficioſo querelæ, & quo colore proponatur; mox quibus ea competat, aut non competat, oſtendit: ſequuntur poſtremò nonnulla, quibus intervenientibus teſtamentum inofficioſum argui atque ex ea cauſa reſcindi non poteſt. Nobis, quibus propoſitum eſt rem totam planam facere, licebit in explicando eſſe prolixiores. Memini etiam, nonnulla me recepiſſe interpretantem, §. *ult. d. tit. de exhær. lib.* quæ in hoc tempus dilata, nunc exolvenda ſunt. De nomine inofficioſi hoc primùm monendi ſumus, quamvis omne teſtamentum inofficioſum rectè dicatur, in quo teſtator contra officium, quod alteri debebat, facit: quemadmodum ſcimus, hominem inofficioſum dici, qui officium prætermittit, aut contra officium, quod alteri debet facit: & ideò ſi verbi cauſa teſtator, cognatis ſuis, aut perſonis de ſe benè merentibus, quibus ob id remunerationem debet, nihil in teſtamento ſuo reliquerit, huic etiam teſtamento appellatio iſta conveniat: tamen per excellentiam ea demum teſtamenta inofficioſa dicta ſunt, quibus officium in liberos, parentes & fratres neglectum eſt, ſeu in quibus liberi, aut parentes, aut fratres, vel exhæredati ſunt immeritò, vel immeritò præteriti. Quocirca his etiam ſolis poteſtas permiſſa de inofficioſo querendi, poſtulandique, ut, ſi officium violatum eſſe conſtiterit, teſtamentum reſcindatur. Cognitionem hujus quæſtionis ad centum viros pertinuiſſe conſtat ex *Cic. lib.*1. *de orat. Val. Max. lib.*7. *cap.* 7. *&* 8.

Digitized by Google

& 3. l. Titia 13. *l. qui repudiantis* 17. *hoc tit.* uti & ſimplicis petitionis hæreditatis, *l. ult. in pr. Cod. de pet. hær.* quod tamen non uſque adeò perpetuum fuit, quin partes aliquando negotio ita ferente à prætore remiſſæ fuerint ad judicem pedaneum: ut liquet ex *l. 8. §. pen. hoc tit. l. 3. §. ſi emancip. 5. de bon. poſſ. cont. tab.*

TEXTUS.

Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes ſine cauſa liberos ſuos exhæredant, vel omittunt, inductum eſt, ut de inofficioſo teſtamento agere poſſint liberi, qui queruntur, aut iniquè ſe exhæredatos, aut iniquè præteritos, hoc colore, quaſi non ſanæ mentis fuerint, cùm teſtamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quaſi verè furioſus ſit, ſed rectè quidem teſtamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam ſi verè furioſus ſit, nullum teſtamentum eſt.

NOTÆ.

Sine cauſa) Ex juſtis cauſis permiſſa exhæredatio, *l. 7. de bon. damn.* quas cauſas ex arbitrariis certas fecit, & nominatim ad 14. complexus eſt Juſt. *Nov. 115. c. 3.* voluit autem unam ſaltem ex his inſeri teſtamento, eamque ab hærede probari; ſecus ac jure veteri, *l. 5. §. 1. hoc tit. l. 28. C. eod.*

Exhæredant vel omittunt] Illud ad parentes omnes & propriè ad patrem, pertinet hoc ad matrem, cujus ſilentium pro exheredatione eſt, *§. ult. ſup. de exh. lib.* & ita intellige *l. 3. h. t. d. Nov. 115. c. 3.* Exhæredatis igitur omnibus, à matre etiam præteritis hoc remedium neceſſarium. Ex privilegio autem eſt, quod de inoff. militis teſtamento nemo queri poteſt, *leg. 8. §. 4. l. 27. §. 2. hoc tit. leg. 9. l. 24. C. eod.*

Quaſi non ſanæ mentis] *l. 2. l. 5. §. 1. eod.* ac proindè quaſi teſtamentum facere non potuerint, *l. 17. §. 1. eod.* Hoc colore ſeu titulo quæſito tegitur iniquitas exhæredationis, & quidem ob hanc cauſam olim reſciſſo per querelam teſtamento nihil ex eo valebat, *l. 8. §. pen. l. 28. eod.* hodie autem quantum ad inſtitutiones ſolummodò evertitur; legata & cætera capita ſalva manent, *Nov. 115. cap. 3. in fin. auth. ex cauſa, C. de lib. præt.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus liberis & quando querela neceſſaria.*
2 *Etiam ob cauſas non nominatim expreſſas*, Nov. 115. c. 3. *dummodo æque graves aut graviores, exhæredationem rectè fieri.*
3 *Quamvis exhæredatio facta ſit ſine elogio, tamen teſtamentum adhuc ipſo jure hodieque ſubſiſtere, atque ad id reſcindendum opus eſſe querela, contra comm.*
4 *Præteritionem matris & avi materni etiam jure noviſſimo vim exhæredationis habere.*
5 *Contraria obiter repulſa; addito jure patrio.*
6 *Utrùm querela ipſa ſit actio ſive petitio; an remedium aliquod actione ſeparatum.*
7 *An liberis à patre præteritis, legata & cætera capita, præter inſtitutionem, beneficio novæ legis conſerventur.*
8 *Cur querelæ inofficioſi colorem dementiæ veteres prætexerint: & num idem adhuc hodie.*

QUia plerumque] Rectè monet D. Pacius in margine, particulam *plerumque* non afficere verbum *exhæredant*, ſed verbum *ſine cauſa*: ut hic ſit ſenſus; cum parentes liberos ſuos exhæredant vel omittunt, id eos plerumque facere ſine cauſa: puta falsò inſtimulatos, novercalibus delenimentis inſtigationibuſque corruptos, *l. 3. & 4. hoc tit.*

Sine cauſa liberos ſuos exhæredant vel omittunt] Ait, *ſine cauſa*, nam ex juſtis & meritis cauſis exhæredatio ſemper permiſſa fuit, *l. 7. de bon. damn.* Ait, *exhæredant vel omittunt*, illud ad parentes, omnes, & propriè ad patrem avumque paternum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet: nec ſupervacuò hic expreſſum, ut cenſet D. Vveſemb. etſi enim matris præteritio vim & effectum exhæredationis habet; non eſt tamen revera exhæredatio, *§. ult. ſup. de exhær. lib.* In 1
patre exhæredatio neceſſaria eſt, ut querelæ locus ſit: ſi enim pater filium, quem in poteſtate habet, præterierit, teſtamentum ipſo jure nullum eſt; ſi emancipatum, datur præterito bonorum poſſeſſio contra tabulas, *ſup. d. tit. in pr. & §. 3. & 5.* Quin nec quævis exhæredatio querelæ locum facit; ſed ea demum, quæ ritè facta eſt: quæ ſecus facta, id eſt, non nominatim, non purè, non à tota hæreditate, pro præteritione cenſetur, *l. 8. §. non quævis de bon. poſſ. cont. tab.* Matre autem ſive prætereunte, ſive quovis modo exhæredante, ſemper ad infirmandum teſtamentum querela opus eſt, cùm & jure civili firmum ſit, nec à prætore infringatur: quippe qui exhæredatione, cujus vicem etiam præteritio matris obtinet, notatos non putavit ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem admittendos, *d. l. 8. in pr. cont. tab. d. §. ult. ſup. de exhær. lib.* Et igitur exhæredatis omnibus, à matre etiam præteritis, hoc remedium neceſſarium eſt. Cauſæ ex hæredationis jure antiquo certæ legibus definitæ erant, ſed ab arbitrio pendebant judicum, qui de inofficioſo cognoſcebant, quorum erat merita exhæredati perpendere, *l. 3. §. ſi emancipatus 5. cont. tab. Val. Max. lib. 7. c. 8.* Juſtinianus ex arbitrariis eas certas fecit, & nominatim *Nov. 115. c. 3.* complexus eſt ad quatuordecim: cùmque antea etiam ſimplici exhæredatione facta permiſſum eſſet hæredi inſtituto allegare & docere ingratitudinem, id idem Imp. primum hactenus mutavit, ut non aliter liceret heredi ingratitudinis quæſtionem movere, quàm ſi teſtator expreſsè addidiſſet, ſe ideò filium exhæredare, quia fuerit ingratus, *l. omnimodo*

modo 30. in pr. C hoc tit. Poſtea ne hoc quidem ſa-
tis ei viſum, ſed inſuper voluit, teſtatorem ju-
ſtam aliquam ingratitudinis cauſam, & ſaltem
unam ex illis, quas ipſe recenſet, teſtamento ex-
primere; impoſit quoque hæredi onere elogium
probandi; cum olim ita jus eſſet, ut niſi hæres
ultro probationem ſuſcepiſſet, cauſam aliquam
certam allegando, (quo refert *l.22. & d.l.30. C.
eod.*) ipſi liberi docere tenerentur, ſe morigeros
atque obſequentes ſemper fuiſſe, *l.5. §.1. eod.l.li-
beri 28. C. eod.* Hinc duplex exorta quæſtio 1. An
nullas alias ob cauſas, quantumvis pares aut ma-
jores, quàm quæ *d.Nov.115.c.3.* expreſſæ ſunt, ex-
hæredatio permittenda, 2. Utrùm ſi exhæredatio
facta ſit ſine elogio, id eſt, ſine cauſæ expreſſione,
teſtamentum ex d. conſtitutione ipſo jure nullum
ſit, an jure adhuc ſubſiſtat, atque ad illud reſcin-
dendum querela etiamnum ſit opus. Primam
a queſtionem quod attinet, quamvis ſententia Con-
nani *lib.9. comm. 10.* Viglii *ad §.ult ſup. de exhær.
lib.* aliorumque, qui eos ſequuntur, negantium,
ob alias cauſas, licèt æquè graves aut graviores,
exhæredationem fieri poſſe, verbis *d.Nov.* con-
venire videatur: tamen mihi perſuadere non poſ-
ſunt, eam fuiſſe mentem Juſtiniani, quam illi eſſe
cenſent; & ſumma ratio ſuadet, ut contra ſen-
tiam. Etenim ſi verbi gratia manus parenti filius
ipſe non intulerit, ſecundùm *d.Nov. cap.3. §.1.* ſed
inferre paſſus ſit, cùm facilè prohibere poſſet;
idemque finge de injuria, § 2. Patrem ipſe non
accuſaverit, juxta §.3. ſed accuſationem inſtru-
xerit, juverit pretio, conſiliis, probationibus. In-
ſidiatus ipſe patri non ſit, §.4. inſidias autem, cùm
poſſet, non detexerit. Falſum teſtimonium ipſe
non dixerit, *ſec.§.8.* at qui dicerent, ſubornarit.
Quid ſi thorum fratris violare auſus ſit? Quid ſi
lenocinio palam quæſtum faciat? &c. Quis hæc
aut atrociora filium patrantem dignum neget, qui
fulmine feriatur exhæredationis? At, inquis, odio-
ſa eſt exhæredatio, ac proinde interpretatione
non eſt adjuvanda, *l. cum quidam 16. de lib. &
poſth. cap. odia de reg. jur. in 6.* Imò contra vel ma-
gis odioſum, patrem cogi, ut impio & indigno fi-
lio bona ſua relinquat. Equidem concedo, ubi de
hypotheſi quæritur, de ſcriptura teſtamenti, de
facto exhæredati, de voluntate exhæredantis, cũ
ſimilibus, exhæredationem adjuvandam non eſſe:
cæterum, ub θεσικῶν de legis vi atque interpreta-
tione diſputatur, hoc ſemper legibus ineſſe, ex
mente conditorum, credi oportet, ut quia omnes
caſus, qui quandoque incidere poſſunt, compre-
hendere nequeunt, ad eas quoque res & cauſas
pertineant, quæ quandoque ſimiles erunt. *leg. 10.
cum 3. ſeqq. l. ideò 27. de legib.* Neque hinc ex-
cipiuntur leges pœnales: nam & illæ utique le-
ges ſunt, & obvia paſſim reſponſa Juriſconſulto-
rum, etiam leges publicorum judiciorum, ad
hunc, quem diximus, modum interpretantium, *l.
11. de pen. l.13. de teſtib. l.7. §.2. de juriſd. l.7. ad leg.
Iul. maj. §.3. Tuld. 2. juriſp. extemp. c.5. pag. 202.* ubi
diſtinguit, utrùm par & eadem ſit ratio, an ſimi-
lis tantùm, *l.3. de leg. Pomp. l.2. §.28. & ſeqq. ad
Tertull. junct. l. ult. §. ultim. qui pet. tut. l.8. de ſe-
pulcr. viol. l. de aleat.* Dixeris, hoc admiſſo, Im-
peratorem non aſſequi ſcopum ſuum, ſed cauſas
adhuc incertas manere, nec quatuordecim tan-
tùm, ſed infinitas fore. Reſpondeo, ex his con-
ſtitutionis verbis, *ut præter ipſas nulli liceat ex
alia lege ingratitudinis cauſas opponere, niſi quæ
in hujus conſtitutionis ſerie continentur*, ſatis pa-
tet, quis Juſtiniano ſcopus propoſitus fuerit. Ho-
rum enim verborum nõ alius ſenſus, quàm quòd
non liceat ex legibus antiquis cauſas opponere,
quæ in d. conſtitutione non continentur. At tales
cauſæ non ſunt, quæ vel majores ſunt, vel pares
expreſſis, ſed leviores duntaxat, aut diſpares:
quippe cum de ſimilibus ſemper ut de expreſſis
habendum: facit huc *c.1. §.2. vers. ſed quia na-
tura lib.2. feud. tit.24. quæ fuit prim. ca. bon. amitt.*
Atque hęc ſententia etiam communis eſt, uſuque
apud omnes recepta, *DD. in auth. non licèt, C. de
lib. præt. Clar. § teſtamentum quæſt. 41. nu.2. Gomez.
1. reſol. 11. Schneid. hic nu.15. Gudelin. lib.2. de jur.
noviſſ. cap.8. Chriſtin. vol.4. dec.19. nu.5. Groe. lib.2
manud. cap.18.* ubi notat, in his regionibus illud
quoque ſemper obtinuiſſe, ut filia minor 20. an-
nis, nubens citra conſenſum patris aut matris, ab
eodem patre aut matre ob hanc cauſam exhære-
dari poſſit: convenit *art.25. cap.2. ſtatut. Zeland.*
In altera quæſtione numero vincunt qui ad vali-
ditatem teſtamenti negant ſufficere exhæredatio-
nem ſimplicem ſeu factam ſine cauſæ inſertione,
& ad hoc omnino requirunt qualificatam: quod
ſi verum eſt, nullus uſus querelæ relinquitur in
linea recta, præterquàm unico illo caſu, cum ex-
hæredationi aut præteritioni additum eſt elo-
gium: quæ ſententia fuit Joannis, relata à Gloſſa
in l 6. hoc tit. probata pleriſque interpp. *in auth. ex
cauſa, C. de lib. præt. Clar. d. §. teſtam. quæſt. 40. Go-
mez. d. c. 11. Covar. in c. Raynutius p.1. nu.7. cap.16.
Vveſemb. par. hoc tit. n.7.* & noviſſimè latè defen-
ſa à *D. Bachovio hic.* Cæterùm ut pluribus hæc
ſententia placeat, non deſunt tamen, qui eam ta- 3
xent, ut conſtitutioni Juſtiniani minimè conſen-
taneam: & ſanè non immeritò, meo quidem ju-
dicio. Nam qui diligenter eam conſtitutionem
evolvet, comperiet ex tenore, Imperatorem non
agere de iis, quæ ad internam teſtamenti ſolem-
nitatem ritumque exhæredationis pertinent, ſed
de cauſis, ob quas facta exhæredatio juſtè vel in-
juſtè facta intelligatur: at injuſtitia exhæredatio-
nis non vitiat teſtamentum ipſo jure. Et vide
quæſo, quæ iſti ſententiæ ſint conſequentia. Effi-
citur ex ea, ut teſtamentum nullum ſit, etiam ſi
præteriti ſint liberi emancipati, etiamſi præteri-
ti ſint liberi ſine elogio, qui nunquam in poteſta-
te fuerunt, ut poſthumi exhæredati nativitate
rumpatur teſtamentum, ut infantium atquè adeò
impuberum ferè omnium exhæredatio nullius
momenti ſit: denique ut tantùm non liberi ma-
tribus, parentes liberis ſuis hæredes fiant. Atque
ita deletur bonorum poſſeſſio contra tabulas: de-
letur, *§. emancipatos 3 item §. ſed hæc quidem
5. & § ult. ſup. de exhær. lib.* delentur maxima ex
par-

Digitized by Google

parte *tit. Pand. C. & Inſt. de inoff. teſt.* item *l. ult. C. de lib. præt.* Quis verò credat, tot capita juris veteris à Juſtiniano tacitè abrogata, qui nunquam ſolet quicquam ex jure veteri mutare, niſi cum expreſſa mentione ejus juris, quod abrogare conſtituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba *d. conſtitutionis c. 3. circa fin. & c. 4.* ubi cùm juſſiſſet Imperator, ſi exhæredatio aut præteritio facta eſſet cum elogio, idque elogium probaſſent hæredes, firmum manere teſtamentum, ſive, ut eſt in authentico, *ἐν τῷ ἰδίῳ ἰσχύϊ διαμένειν, τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν*; ſubjicit, ſi hoc obſervatum non fuerit, teſtamentum irritum reddit atque everti: utitur enim verbis *ἀκυροῦσθαι & ἀνατρέπεσθαι*: quæ de iis tantùm prædicari conſtat, quæ ab initio conſtiterunt: & quòd notandum, everti non in totum, ſed quoad inſtitutionem dumtaxat, cætera capita firma manere. Ergo in totum ab initio ſubſiſtit. At quo remedio evertetur? Non alio haud dubiè, quàm querela inofficioſi, quæ una exhæredatis ſupererat. Arguit hoc accuratea illa cauſarum ingratitudinis, de quibus in querelæ judicio agitur, definitio, quæ cauſam novæ conſtitutioni dedit. Ad hæc ſi dicimus, liberis omnibus ſine elogio exhæredatis aut præteritis, teſtamentum poteſtate d. conſtitutionis nullum eſſe, non liberis tantùm conſulimus, ſed extraneis etiam defuncti legitimis hæredibus: quippè ad quos tum, liberis aut repudiantibus, aut ante parentes, aut priuſquàm hæreditatem adierint, mortuis, hæreditas defuncti ab inteſtato perventura ſit, excluſis ſcriptis hæredibus, qui alioqui ex teſtamento iiſdem rebus intervenientibus venturi eſſent. Juſtinianus aut liberis dumtaxat proſpicere voluit, ne his noceret exhæredatio, non conſulere aliis contra ſcriptos teſtamento hæredes. Poſtremò, ut ex dictis liquet, non fuit ei propoſitum tollere inofficioſi querelam, ſed proniorem atque expeditiorem ei viam facere: unique potiſſimum rei affert remedium, ne ſcilicet liberi exhæredati aut præteriti, ob difficultatem probandi ſe ſemper officioſos fuiſſe, parentum hæreditate exciderent. Cùm ergo duplicem effectum exhæredatio jure veteri habeat: unum hunc, ut abſolvat internam teſtamenti paterni ſolemnitatem, ut ne nullum ſit ob præteritionem, ad quod ſufficit ritè factam eſſe, etiamſi injuſta ſit: alterum, ut exhæredatum ſubmoveat ab hæreditate, ad quod inſuper exigitur, ut facta ſit juſtis de cauſis: poſteriorem effectum tantùm Juſtinianus reſtringere voluit, priori in ſuo ſtatu relicto. Sive igitur nulla cauſa à teſtatore expreſſa ſit, ſive aliqua, quæ tamen non ſit ex iis, quæ *d. Nov. 115. c. 3.* continentur, aut ex iis quidem, ſed in cujus probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu exhæredatus de inofficioſo hodieque aget, & poſtulabit, ut teſtamentum reſcindatur, reſque redigatur ad cauſam inteſtati. Idemque erit, ſi liberi præteriti
4 ſint, ab iis ſc. parentibus, quorum præteritio pro exhæredatione eſt, ut matris & avi materni, licèt cauſa adjecta non ſit, & falſum eſt, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exhæredatione ampliùs non haberi, ſed ex hac cauſa æquè nullum eſſe teſtamentum, ac ſi pater præteriſſet, niſi præteritioni addita ſit cauſa ingratitudinis; neceſſitatem quodammodò exhæredandi contra rationem juris illic introducentes, ubi non eſt ſuitas, *l. 11. de lib. & poſth. l. 4. §. 2. cont. tab.* Ita concludimus cum *Fulgoſ. & Dom. in d. auth. ex cauſa, Vigl. ad rubr. hic Duar. c. 3. ad hunc tit. Cujac. ad Nov. 18. Fachin. 4. contr. 9. Vaſq. lib. 2. de ſuc. creat. §. 20. n. 163. & ſeqq. Perez ad Cod. de lib. præt. n. 13. Gudel. l. 2. de jur. nov. c. 4.* Atque ita in utraque Curia Hollandiæ judicatum refert *Neoſtad. dec. ſup. Sen. 99.* contra quam Curia Friſiæ apud Sand. *lib. 4. tit. 2. def. 2.* Argumentis, quæ pro contraria ſententia afferuntur, ex his, quæ dicta ſunt, nullo ne- 5
gotio occurri poteſt; & ſunt pleraque ex eorum genere, quæ Græci *ἀντιστρέφοντα* vocant, id eſt, quæ in ipſos auctores retorqueri poſſunt. Poſtremò minimi pretii ſunt, quæ illi putant eſſe maximi; quale eſt, quod ſexto loco adducit Bachov. fruſtraneam ajens eſſe eam actionem, in qua actor non poteſt ſuccumbere, &c. Ergo fruſtra eſt; quod poſthumis aut infantibus exhæredatis, §. 2. *inf. l. ſi quis 33. §. 1. C. h. t.* item ex conſtitutione Juſtiniani *l. omnimodo 30. C. eod.* liberis omnibus exhæredatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioſo datur: quoniam nũquam non poſſunt vincere. Conſiderare debuerant, non fruſtra eſſe, quòd leges teſtamentum conſiſtere volunt, ut ſaltem iis caſibus, quos modò commemoravi, incidentibus voluntas defuncti exitum habeat. Ejuſdem ponderis eſt argumentum, quod Bachovius producit vice corollarii, nempe legitimam relinquendam eſſe liberis titulo inſtitutionis. Ne ſit relicta iſto titulo, an propterea ſequitur, teſtamentum ipſo jure nullum eſſe? Sed de eo plura inferiùs. In hiſce regionibus paſſim neceſſitatem exhæredandorum liberorum, ſi hæredes non inſtituantur, non agnoſcimus: utpotè quæ ſuorum tantùm hæredum propria eſt, quales hæredes nos non habemus: ſed præteritio non matris tantùm, verùm etiam patris pro exhæredatione habetur, exemplo militarium teſtamentorum, *§. ſed ſi 6. ſup. de exhær. lib.* Intelligo ut ipſo jure valeat teſtamentum, non quin tanquam inofficioſum reſcindi poſſit, & res ad cauſam inteſtati pronuntiatione judicis redigi. Nam querelam inofficioſi modis omnibus etiam nos retinemus, ſi iniquè & contra officium pietatis exhæredatio facta proponatur, *vid. Gud. l. l. 2. de jur. noviſſ. c. 5. Grot. l. 2. manud. ad juriſpr. Bat. c. 18. Chriſtin. vol. 4. dec. 20. n. 8. Groen. de ll. abrog. hic.*

Inductum eſt] Verbum *inducere* plurimum refertur ad jus non ſcriptum, aut ad id jus, quod ex interpretatione prudentum profluxit, *l. 2. §. 5. de orig. jur. l. de quibus 31. de legib. l. Gallus 29. de lib. & poſth. l. 2. de vulg. & pup.* Unde exiſtimare licet, querelã inofficioſi teſtamenti non lege aliqua ſcripta introductam eſſe: ſed moribus, aut, quod probabilius eſt, interpretatione conſultorum.

Digitized by Google

rum. D. Cujacius *lib. 2. obſ.* 21. ex lege Glicia eam deducit: ſed hoc ideo probabile non eſt, quoniam nullis certis perſonis nominatim poteſtas experiundi hoc judicio conceſſa fuit, *l. 1. hoc tit.* à lege autem ſi foret, certæ perſonæ expreſſæ eſſent, quibus hæc actio competeret. Adhæc ſi lex aliqua de hoc judicio lata eſſet, nihil opus fuerat colorem aliunde quærere, cujus prætextu teſtamentum; quaſi ab homine non ſanæ mentis factum, everteretur: quippe quod tunc vigore & auctoritate ſolius legis reſcindi oportuerit: Color autem iſte dubium non eſt quin inventus atque excogitatus ſit ab iis, à quibus alia id genus commenta & fictiones omnes manarunt, hoc eſt, à jure conſultis. Denique ſi lege aliqua hoc judicium conſtitutum eſſet, procul dubio mentionem illius legis feciſſet *Val. Max. libr. 7. cap. 7.*

Ut de inofficioſo agere poſſint] Pro eodem Juriſconſulti dicunt, agere, queri de inofficioſo, arguere, accuſare, dicere inofficioſum; quæ legentibus paſſim in tit. hujus argumenti occurrunt, ut & nomina querelæ, actionis, accuſationis: nullo tamen nomine frequentiùs hoc judicium deſignatur, quàm querelæ. Eſtne ergo querela & ipſa actio, an remedium aliquod ab actione ſeparatũ
6 i. e. imploratio tantùm officii judicis nobilis, ut loquuntur, eò pertinens, ut teſtamentum reſcindatur, quo reſciſſo demum agi & hæreditas peti poſſit? Non eſt, quòd dubitemus affirmare, quod tot locis manifeſtè traditum eſt, querelam ipſam actionem & petitionem eſſe, perque eam ſic impugnari teſtamentum, ut ſimul vendicetur hæreditas. Qui dicit inofficioſum, eum Papinianus ait hæreditatem petere, *l. 8. §. quoniam hoc tit.* Scævola petitionem hæreditatis exercere, *l. qui de 20. eod.* Paulus *l. eum qui 21. §. ult. eod.* ait, per querelam inofficioſi evinci hæreditatem. Ulpianus vendicari facultate, *l. ſi inſtituta 27. §. 3. eod.* Triphonius *l. pen. cont. tab.* filium exhæredatum ex cauſa querelæ inofficioſi movendæ admitti ad petitionem hæreditatis. Juſtinianus hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioſo conſtitui, *l. ſi quis 34. C. eod.* Unde quoque eſt, quòd is, qui querelam moturus eſt, agnoſcere debet bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratia, *l. 6. §. ult. 7. l. 8 in pr. eod. l. 2. C. eod.* Hoc enim non aliò pertinet, quàm ut is qui ex cauſa inofficioſi hæreditatem petit, hæres eſſe videatur: quamquam in ſuis hæc poſſeſſio non eſt neceſſaria, *d. l. 7.* uti nec aditio, *l. 14. de ſuis & legit.* de quo conſule *Vigl. in rubr. & §. 2. hoc tit. Duar. cap. 8. ad hunc tit. Govean. 1. var. lect. c. 3. Vaſq. lib. 3. de ſucc. reſol. ad l. 2. C. eod. Vand. 2. quæſt. 24. Don. 19. comm. cap 3.* Interpretes comm. & cum his *Sichard. in rubr C. hoc tit. num. 3.* exiſtimant, querelam eſſe judicium præparatorium, quo aditus pateſiat ad judicium univerſale ſeu petitionem hæreditatis, ſicut actio ad exhibendum præparatoria eſt rei vendicationis: atque ita, duo hic eſſe judicia, quorum alterum, ſcil. querela, præcedat; alterum petitio hæreditatis, ſequatur; quod falſum eſt: nam ipſe titulus inofficioſi cauſa eſt, ex qua vendicatur hæreditas, *l. 3. C. de pet. hær.* neque duo hic judicia ſunt, ſed unum, quo & teſtamentum impugnatur; & ſimul petitur hæreditas; ſicut per actionem uſucapionis reſciſſoriam & uſucapio reſcindi petitur & ſimul res vindicatur: de quo ſub §. 5. *inf. de action.* Planè etſi querela quoque petitio hæreditatis eſt, in multis tamen differt à petitione hæreditatis ſimplici, de qua poſt *tit. de inoff. teſt. in Pand. & C.* generalis titulus datur, quæ hic congerere nimis longum foret. Duo ſolùm argumenta refellam, quibus effici videtur querelam inofficioſi hæreditatis petitionem non eſſe. Primum tale eſt: Petitio hæreditatis datur ſolùm adversùs eum, qui cùm hæres non ſit, pro hærede prove poſſeſſore poſſidet, nunquam adversùs hæredem, eumve, qui pro hærede ſit, bonorum ſcilicet poſſeſſorem aut fideicommiſſariũ, *leg 9. cum ſeqq. de hær. pet.* At querela datur adversùs hæredem ſcriptum, contra fideicommiſſarium, *leg. 1. Cod. hoc tit.* contra præteritum, qui accipit bonorum poſſeſſionem contra tab. *leg. pen. cont. tab.* Reſpondeo, ſcriptum teſtamento inofficioſo hæredem non eſſe, utique cum eo agi, tamquam qui hæres non ſit, utpote ſcriptus ab eo, qui teſtamenti factionem non habuiſſe judicatur, *leg. qui repudiantis 12. §. 1. hoc tit.* & proindè eum teneri, quaſi pro hærede aut pro poſſeſſore poſſideret, ut diſertè reſcriptum eſt de eo, cui ex teſtamento inofficioſo reſtituta eſt hæreditas, *leg. 1. C. eod.* Alterum eſt hujuſmodi Omnis petitio hæreditatis aut ex teſtamento ſit oportet aut ab inteſtato, *leg. 1. 2. & 3. de hær. pet.* querela autem inofficioſi ex neutra cauſa eſt; non ex teſtamento, quia datur iis, qui teſtamento excluſi ſunt; non ab inteſtato, quia quamdiu teſtamentum extat, cauſæ inteſtati non eſt locus, *leg. quamdiu 39. de acq. hær.* Sed patet ex reſponſione ad objectionem præcedentem, querelam inofficioſi eſſe petitionem quamdam hæreditatis ab inteſtato, quia prætenditur color dementiæ teſtatoris; uti & revera ſi judex contra teſtamentum pronuntiaverit, res ad cauſam inteſtati redit, retroque verſus perinde omnia habentur, ac ſi hæreditas nunquam adita fuiſſet, *leg. 6. §. 1. leg. eum qui 21. §. 2. hoc tit.* Stet igitur hæc ſententia, querelam etiam ipſam eſſe actionem, & nimirum ſpeciem quamdam petitionis hæreditatis, qua vendicatur hæreditas, tanquam ab inteſtato delata, ex cauſa inofficioſi teſtamenti; cum qua ſententia ferè ut ipſa convenit, quod Jo. Fab. & alii hic notant, poſſe querelam cum petitione hæreditatis cumulari. Obiter addo, & per modum contradictionis ſeu exceptionis querelam induci poſſe, veluti ſi exhæredatus ſit in poſſeſſione hæreditatis, & hæres ſcriptus hæreditatem petat, *leg. 8. §. ſi filius 13. eod.* adeòque liberum etiam eſſe exhæredato, ſimplici petitione hæreditatis experiri, deque titulo excipienti reponere, ſe queri de inofficioſo, atque ita querelam inducere per modum replicationis. *Paul. 4. ſent. 5.*

Aut

Aut iniquè ſe exhæredatos, aut iniquè præteritos] Rurſus hæc duo conjungit, exhæredare & præterire, ut paulò ante, & *Marcell. l. 3. eod.* nimirum quia non exhæredatis ſolùm, ſed etiam præteritis de inofficioſo agere licet; præteritis ſc. ab iis parentibus, quorum præteritio vim exhæredationis habet. Et igitur horum alterum, *exhæredatos*, nemo eſt, qui non videat ad patrem referri, alterum, *præteritos*, ad matrem & avum maternum. Quod ideo iterum hic moneo, ut ap-
7 pareat, nullam eſſe cauſam, cur interp. vulgò ex eo, quod auth. *ex cauſa C. de lib. præt.* generaliter & indefinitè ab Irnerio concepta eſt hoc modo, *Ex cauſa exhæredationis vel præteritionis irritum eſt teſtamentum, quantum ad inſtitutionem: cætera namque firma manent:* collegerint, id jus ad præteritionem quoque paternam pertinere, ut quamvis tale teſtamentum ab initio nullum ſit, etiam jure novo, tamen hoc jure dumtaxat nullum eſſe quoad inſtitutionem, non quoad cætera capita, puta legata, libertates, dationem tutorum atque hactenus etiam in propoſito jus vetus mutatum, *l. 1. l. filio 17. de injuſt. rupt. cum ſimilib.* Etenim animadvertere debuerant, Juſtinianum in *Nov. 114. c. 3.* unde dicta *auth.* ſumpta eſt, non aliter loqui quàm hoc ipſo loco. Sancit enim, non licere patri vel matri liberos ſuos exhæredes facere aut præterire, niſi forſan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis ſubjectis attribuenda ſunt, ut exhæredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire; quemadmodum hoc loco alterum propriè ad patrem, alterum ad matrem referi conſtat. Liquet hoc ex eo, quod *d. Nov. c. 5.* apertè profitetur, hoc ſolum ſibi propoſitum eſſe, ut injuriam exhæredationis & præteritionis à liberis avertat. Jam verò injuria ea propriè eſt, quæ vel exhæredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exhæredationis habet, *l. 8 in pr. hoc tit. l. 4. verſ. quod ſi fuiſſet circa med. C. de lib. præt.* Præteritis à patre cum effectu non inferebatur injuria; quippe qui teſtamentum nullum dicebant: exhæredatis & à matre præteritis inferebatur; quæ etſi vindicabatur judicio de inofficioſo, tamen ſi legitima portio quovis titulo relicta fuerat, quantumvis liberis obſequentiſſimis, injuria illa manebat. Cui rei occurrere voluit Juſtinianus, atque ea de cauſa conſtituit, ut non ſufficeret in poſterum ad excludendam querelam, legitimam quolibet titulo relictam eſſe: ſed neceſſe eſſe liberos vel hæredes inſtitui vel exhæredari. Cæterum quia illata per exhæredationem aut præteritionem injuria ſatis tollitur reſciſſa inſtitutione, ſufficere etiam ei viſum fuit, inſtitutionem ſolam reſcindi ſalvis cæteris capitibus, cùm olim querela omnia reſcinderet: Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua cauſa teſtamentum aut ab initio nullum eſt, aut rumpitur agnatione ſui hæredis, aut per bonorum poſſeſſionem contra tabulas evertitur, neque ad eam produci ſine inſigni liberorum læſione poteſt. Atque hanc ſententiam Azoni & pleriſque veterum probatam fuiſſe, teſtatur *Iaſ. in d. auth. ex cauſa num. 1.* ſequitur *Cujac. in leg. filio 27. de injuſt. rupt. Govean. in leg. de vulg. & pup. num. 27. Vveſemb. ad §. 5. ſup. de exhær. lib diſſ. vulgo DD.* & ex recentioribus, *Duar. in tit. de injuſt. rup. cap. 3. Don. in d. auth. num. 6. & 7. Conan. 9. comm. 8.* Sunt, qui intereſſe exiſtimant, utrùm præteritio ignoranter à patre facta ſit, an ſcienter; illo caſu totum teſtamentum corruere, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris: hoc autem ſive poſteriore caſu legata & fideicommiſſa firma manere: quæ ſententia à præjudiciis curiarum ſupremæ juriſdictionis robur accepit *Ant. Fab. Cod. ſuo de lib. & poſth. defin. 1. Chriſtin. in vol. 4. deciſ. 9.* & probatur D. Tuldenu *in comm. hic cap. 1.* Cæterum vide, quæ ſup. *num. 5.*

Hoc colore quaſi non ſanæ mentis fuerint] L. 2. 8
l. 5. §. 1. l. Titia 13. eod. ac proindè quaſi teſtamenti factionem non habuerint, *l. qui repudianti 17. §. 1. eod.* Unde etiam eſt, quod cùm contra teſtamentum pronuntiatum eſſet, nihil ex eo teſtamento valebat, *l. 8. §. pen. d. l. Titia leg. cum mater. 28. eod.* Quæſitus autem hic color fuit, ne ſani hominis teſtamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim, quæ liberam undequaque poteſtatem teſtandi patrifam. concedit, *l. verbis 120. de verb. ſing.* Maximè autem liberis hoc colore iniquitatem exhæredationis tegere convenit ob verecundiam. Bartolus in *d. l. Titia* putat, colorem iſtum dementiæ jam non ampliùs prætexi poſſe, quia demens videri non poteſt, qui filium ex juſta cauſa exhæredat: præſupponit enim, non aliter querelæ locum eſſe. Sed cur ita ſit? quid ſi falſum ſit elogium: quod præſumitur, ſi ab hærede non probetur? Numquid falſam cauſam objicere filio immerenti contra officium pietatis propè furioſi homini eſſe videtur? Planè dicendum hodie eſt, colorem iſtum furoris tantùm prætendi ad reſcindendam inſtitutionem, quod teſtamenti principale eſt, cùm cætera capita tanquam à ſano homine facta beneficio novæ legis conſerventur, *d. auth. ex cauſa*, ita contra Bart. Viglius & Mynſ. hic diſputant.

Non quaſi verè furioſi ſint] Cujus teſtamentum inofficioſum arguitur, quaſi demens, non verè demens dicitur, *l. 2. l. 5. §. 1. hoc tit.* nam qui filium immerentem exhæredat, patrem qui præterit, propè à furioſo abeſſe fingitur, eò quòd non ſentiat, ſibi ſe eſſe injurium, cum liberis aut parentibus injuriam fecit. Quod verò teſtamentum à verè demente factum eſt, id inofficioſum accuſari non poteſt, quia nullum eſt, factum quippe ab eo, qui teſtamenti factionem non habet: ac proindè hoc non attento rectà ſuccedutur ab inteſtato.

Non ex officio pietatis] Καὶ αὐτὸ τὸ φύσεως σχεδὸν ἐξελθὼν ἀπόλλυσι τὸ πατέρα, τὸ φιλόστοργον, τὸ ἥμερον, &c. *ipſamque deſerens naturam, exuit nomen patris*, &c. quod prope à furore abeſt.

Digitized by Google

TEXTUS.

Qui de inofficioſo agant.

1. *Non autem liberis tantùm permiſſum eſt, teſtamentum parentum inofficioſum accuſare, verùm etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater turpibus perſonis ſcriptis hæredibus prælati ſunt. Non ergo contra omnes hæredes agere poſſunt. Ultra fratres igitur & ſorores cognati nullo modo aut agere poſſunt, aut agentes vincere.*

NOTÆ.

1. *Inofficioſum accuſare*] pro eodem dicunt noſtri, agere, queri de inofficioſo, arguere, accuſare, dicere inofficioſum. Una autem eademque actione & reſcindi teſtamentum petitur, & vindicatur hæreditas tanquam ab inteſtatu, *l. 8. §. 8. leg. 20. leg. 21, §. ult, l. 27. §. 3, eod.* Cujac. *par. C. eod.*

Etiam parentibus] *leg. 1, eod.* quippe quibus turbato ordine mortalitatis non minùs, quàm liberis, piè relinqui debet, *leg. 15. eod. leg. 7. §. 1. ſi tab. teſt.* Datur autem querela non patri ſolùm, ſed etiam matri, *d. leg. 1, leg. 14. & ſeq. eod.* nec intereſt, exhæredati ſint, an præteriti, dummodò injuſtè. Nam ex juſta cauſa, una illarum octo, quæ enumerantur *Nov. 115. cap. 4.* cum effectu exhæredari poſſunt, modò exhæredationi addatur elogium.

Soror & frater] Hebræorum jure uterini pro fratribus non habebantur, *Moſ. Maimonid.*

Aut agentes vincere] Si tamen egerint, & nemine eos repellente obtinuerint, prodeſt eorum victoria proximis ab inteſtato, *leg. 6. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui liberi de inofficioſo agere poſſint.*
2 *Cur placeat etiam parentibus querelam dare, & quibus & quando detur.*
3 *Contra rationem juris tam veteris, quàm novi, eſſe videri, quòd ſtatim poſt liberos ad querelam admittantur parentes: quam difficultatem pauci cernunt.*
4 *An jure noviſſimo fratres unà cum parentibus ad querelam admittendi, aut illis ſaltem proſit horum victoria.*
5 *An fratres uterini hodie cum conſanguineis concurrere debeant, aut his vincentibus illi quoque ad ſucceſſionem ab inteſtato venire.*
6 *An ſpurii in quæſtione propoſita pro turpibus perſonis habendi.*

N*On autem liberis tantùm*] Querela inofficioſi teſtamenti primò competit liberis: & meritò, quoniam prima eorum cauſa eſt in ſucceſſione ab inteſtato: utpote quibus ratio naturalis, quaſi lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando, *l. 7. de bon. damnat.* daturque liberis omnibus cujuſcumque ſexus aut gradus ſint, & tam 1
emancipatis, quàm in poteſtate conſtitutis, *l. 7. hoc tit. l. 8. in pr. cont. tab.* item qui numquam in poteſtate fuerunt, *§. ult. ſup. de exhær. lib.* tam adoptivis, quàm ex nuptiis quæſitis; ſervata tamen diſtinctione *l. pen. C. de adopt.* In impubere arrogato ſpeciale eſt, quod queri non poteſt, quia quartam habet ex conſtitutione D. Pii *l. 8. §. ſi quis 15. hoc tit.* Datur & legitimatis per *§. 2. inſ. de hær. quæ ab int. Nov. 89.* Datur non tantùm liberis jam natis, verùm etiam poſthumis, & tam alienis, quàm ſuis, *l. 6. in pr. eod. §. ſeq. in fin.* ubi plura. Illud penè ſupervacuum, monere, querelam competere iis liberis dumtaxat, qui jus ſuccedendi habent: nam qui non habent, cùm iis neque legitima debeatur, de inofficioſo queri non poſſunt. Proindè liberi illegitimi, ſive vulgò quæſiti, ſive nati ex concubina patris, teſtamentum inofficioſum non dicunt: de matris autem agere poſſunt, *leg. ſi ſuſpecta 29. §. 1. eod. vid. Bart. Salic. Caſtr. in leg. pen. C. ad ſent. Orfic.* Ex privilegio eſt, quod de inofficioſo teſtamento militis nemo queri poteſt, *l. Papinianus §. ſi qui 4. l. ſi inſtituta 27. §. 2. eod. 9. l. teſtamentum 24. C. eod.* DD. plerique *in d. l. 9.* tradunt, hodie etiam militum teſtamenta querelæ eſſe obnoxia, & ita uſu ſervari. Autumn. *ibid.*

Liberorum parentibus] Poſt liberos ſecundo lo- 2
co querela datur parentibus. Nam etſi parentibus non debetur filiorum hæreditas propter votum parentum & naturalem erga filios charitatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minùs parentibus, quàm liberis, piè relinqui debet; ut benè & piè Papinianus in *l. nam etſi 15. hoc tit.* Id autem hanc habet ſententiam; etſi naturæ ordo parentumque affectio & votum hoc ſit, ut liberi ſupervivant & ſuccedant parentibus, atque idcircò non ſic parentibus, quos ſola ratio miſerationis admittit, liberorum debeatur hæreditas, uti liberis parentum, quos admittit naturæ ſimul & commune parentum votum, ut idem Papinianus ſcribit *in l. 7. §. 1. unde lib.* tamen turbato ordine mortalitatis, id eſt, ſi contingat liberos priùs ex hac vita evocari, & præpoſtera atque immatura morte abripi vivis adhuc parentibus, rationem pietatis ſeu miſerationis exigere, ut ne parentes à luctuoſa liberorum ſuorum hæreditate excludantur. Ex quo porrò intelligimus, contra officium pietatis facere liberos, qui parentes ſuos ſine cauſa exhæredant aut prætereunt, atque ob eam cauſam parentibus quoque actionem de inofficioſo dari. Datur autem parentibus, itidem omnibus ſive maſculis ſive fœminis, *l. 1. l. 14. & ſeq. eod. l. cum filium 17. C. eod.* qui modò ad ſucceſſionem liberorum vel legitimo jure vel honorario venturi fuiſſent; de quo ſtatuendum ex iis, quæ de liberis dicta ſunt. Exhæredati

Digitized by Google

ti ſint parentes, an præteriti; nihil intereſt: nam
hæc in linea adſcendentium & collateralium non
differunt. Cæterum ut effectum habeat exhære-
datio aut præteritio, tutumque ſit teſtamentum
ab expugnatione, cum elogio hic quoque facien-
da eſt, vel una ſaltem ex cauſis, ob quas parentes
exhæredari aut præteriri permiſit Juſtinianus, te-
ſtamento inſerenda, *Nov. 115. c. 4.* Cauſæ autem
hujuſmodi admiſſæ octo tantùm, quæ ordine enu-
merantur *d. c. 4. §. 1. & ſeqq.* nimirum pauciores
hic cauſæ ſunt, quàm in liberis, propterea quòd
parentibus multa conceduntur in liberos, quæ à
liberis in parentes commiſſa pœnam merentur.
Illud difficultate non caret, quod parentes ſtatim
3 poſt liberos ad querelam admittimus; ſive vete-
ris juris rationem conſideramus, ſive novi Juſti-
nianæi. Nam ante novellam Juſtiniani legem fra-
trum prior atque potior in querela, quàm paren-
tum cauſa, fuiſſe videtur, *arg. l. 4. C. de bon. quæ
lib. leg. 2. C. ad Tertull. l. ult. C. comm. de ſucceſſ.
pr. ſup. quib. non eſt perm. fac. teſtam. verſ. ſi ve-
ro*, quibus locis ad ſucceſſionem ab inteſtato de-
mum poſt fratres patrem vocari legimus. Jam ve-
rò ratio juris poſtulat omnino, ut quo quiſque
ordine ad ſucceſſionem à lege vocatur, eodem
ordine admittatur ad querelam, per quam res ad
cauſam inteſtati redigitur: quò enim quiſque
potiore jure eſt in cauſa ſucceſſionis, eò majorem
exhæredatus aut præteritus patitur injuriam. Fac
ergo, verbi cauſa, Titium, cùm patrem & fra-
trem haberet, utroque præterito hæredem inſti-
tuiſſe in bonis caſtrenſibus: quid tam abſurdum
eſt, quàm ſi dicamus, patrem ſolùm queri de in-
officioſo poſſe, excluſoque fratre hæreditatem
conſequi, ad quam teſtamento non facto ſolus
frater veniſſet excluſo patre? *d. pr. verſ. ſi vero
ſup. quib. non eſt perm. fac. teſtam.* Ego non du-
bito, quin à poſterioribus Principibus iſtud con-
ſtitutum ſit, non animadvertentibus, quæ inde
conſecutura eſſet veteris juris perturbatio. Nam
ſi de jure, quod in Pand. relatum eſt, quæratur, fi-
lius famil. hæredem ab inteſtato habere non pote-
rat, ſed pater jure peculii bona, quæ filii fuerant,
(alia autem, quàm caſtrenſia & quaſi caſtrenſia
non erant) occupabat, *l. 2. l. 9. de caſtr. pec.* Quòd ſi
filius de his bonis, quod ipſi permiſſum erat, te-
ſtamentum feciſſet, id teſtamentum querelæ
non erat obnoxium; atque id jus etiam Juſtinia-
nus confirmavit, *l. ult. C. hoc tit.* Cæterum ſuſtu-
lit *Nov. 115. cap. 4. in pr.* ut verba illa, *in qui-
bus habent teſtandi licentiam*, manifeſtè oſten-
dunt. In ſucceſſione autem filii emancipati pa-
ter manumiſſor præferebatur defuncti fratribus,
& omnino jure patris potior erat, ut mirum non
ſit, in querela quoque fratribus prælatum fuiſſe:
quæ omnia à me copioſiùs tractata ſunt ſub §.
ultim. inf. de leg. agn. ſucceſſ. Mater ex Senatuſ
conſulto Tertulliano ad legitimam hæreditatem
liberorum vocata fuit, ita tamen, ut fratres con-
ſanguinei matrem excluderent, § 3. *infr. de ſen.
Tertull.* Unde ſequi videtur, eos etiam ad que-
relam ante matrem admiſſos fuiſſe. Nihil tamen
deſinio. Noviſſimo jure, poſtquàm placuit fra-
tres defuncti unà cum parentibus admitti ad hæ-
reditatem, *Nov. 118. cap. 2.* dicendum videtur,
etiam ſimul eos cum parentibus admitti ad que-
relam: aut ſi hoc minùs placet, dicam, fratres
ſaltem admittendos parente repudiante, utique
ſi turpis perſona inſtituta ſit: quippe cùm tunc
ex ſua perſona frater querelam movere poſſit.
Utut eſt, illud extra controverſiam poſitum eſſe
debet, victoriam parentum fratribus quoque pro-
deſſe, cùm nulla ſit ratio, cur reſciſſo teſtamen-
to, & re ad cauſam inteſtati deducta fratres ex-
cludantur. Et ita quoque ſentiunt *Ioan. Fabian.
Ang. Baro & Mynſing. hic*, licèt aliud Viglio &
D. Tuldeno *ad tit. de hæred. quæ ab int. cap. 8.*
videatur putantibus, hoc pacto fraudem legi fie-
ri: ſed falsò; cùm maximè ſit ex ſententia legis,
ut fratres unà cum parẽtibus ab inteſtato ſucce-
dant, *d. Nov. 118. cap. 2.* Neque novum eſt, ut
quis aliquid commodi propter tertium perci-
piat, quod per ſe ipſe non habuiſſet, *l. cum hære-
ditate 55. de acquir. hæred. l. 10. §. ult. contr. tab.
l. 3. in fin. quæ res pign. dar. l. 10. quemad. ſerv.
am. l. 5. §. 2. ad SC. Tertull.* Apud nos iis demum
in locis parentes ad querelam admittuntur, ubi
vocantur ad ſucceſſionem: de quo *ſub d. tit. de
hær. quæ ab int. add. D. Coren. obſerv. 10. n. 8. & ſeqq.*

Soror autem & frater] *l. 1. hoc tit. l. fratres 21.
C. eod.* Fratres autem & ſorores hic intelliguntur
germani aut conſanguinei ſive [illegible]; nam
uterini ab actione de inofficioſo contra teſta-
mentum fratris aut ſororis penitùs arcentur, *l.
fratres 27. Cod. eod.* Hodie verò cùm fratres u-
terini in ſucceſſione concurrant cum fratribus
conſanguineis, conſequens eſt, ut etiam in que- 5
rela cum iiſdem concurrant, aut ſaltem vin-
centibus illis ſimul ad ſucceſſionem inteſtati ve-
niant.

Turpibus perſonis] *d. l. fratres 27. C. hoc tit. l. 3.
C. Theod. eod.* Itaque fratribus querela datur, non
ſimpliciter, ut præteritis: ſed ut poſtpoſitis turpi
perſonæ; atque adeò odio ſcripti hæredis. Cùm
autem turpis perſona definiatur à Conſtantino,
*quæ vel turpitudinis vel infamiæ vel levis notæ
macula aſpergitur*, *d. l. fratres*; quæſitum eſt de 6
ſpuriis, num & illi talium perſonarum numero
habendi. Spuriorum cauſam cum DD. comm. de-
fendunt Gabriel Palæot. *tract. de nothis ſpuriiſq.
lib. c. 55. & ſeqq. Hartm. Piſtor. lib. quæſt. 30. n. 26.
& ſeqq. D. Tulden hic c. 3.* quia, ajunt, neque jure
infames ſunt, neque ipſi quicquam admiſerunt,
quod exiſtimationem eorum lædat apud bo-
nos viros: *crimen autem paternum nullam ma-
culam filio infligere poſſe*, *leg. crimen 26. de
pœn. nativitatem, quæ vitio aut culpæ verti
nemini poteſt, pœnæ eſſe non debere: unde-
cumque homines naſcuntur, ſi parentum vitia
non ſectentur, honeſtos eſſe*, *Auguſtin. cap. un-
decumque, diſt. 56.* Cæterum ut hæc vera ſint,
negari tamen non poteſt, quin labes aliqua &
macula ſpuriis adhæreat, non quidem ex facto
hic naſcentium, ceu pœna, injuſta; ſed ex vitio ac
de-

Digitized by Google

defectu natalium contracta: unde eos opprobria per omnem vitam comitantur, quæ nullo modo elui poſſunt, ut ſcribit Plutarch. *lib. de educ. lib.* vixque eſt, ut defendi poſſit, eum, qui ex vulgi vaga Venere & improbata gentibus omnibus conjunctione natus eſt, qui nec gentem, nec familiam, nec patrem habet, pro integra & legali perſona, ut loquuntur, habendum eſſe. Qua de re eleganter diſſerit vir doctiſſimus Arniſæus *lib. 2. de repub. c. 2. ſect.* 13. Illud equidem minimè concedo, quod *Cov. 1. de ſponſ. 9. n. 11. Card. Tuſc. concl.* 454. *n.* 17. ſtatuunt meretricem, quæ poſtea nupſit, pro perſona infami habendam non eſſe, propterea quòd præcedens dedecus purgetur matrimonio. Non enim aboletur turpido, quæ poſtea intermittitur, *l. 43. § 4. de rit. nupt.* utique manet adhuc litura proſtitutæ quondam pudicitiæ; ac excluduntur à fratre, qui vel levis notæ macula adſpergunt. Pœnitentia quidem & vitæ emendatio abolent delicti notam coram Deo: at non in hujus ſeculi tribunalibus, *l. 65. de furt. l. 5. vi. bon. rapt.* Ut autem turpis perſona inſtituta ſit, non tamen ſtatim frater ad querelam admittitur. Quid enim ſi ipſe eadem turpitudine, qua hæres ſcriptus laboret? Nihil hic habet frater, quod hæredi objiciat, *arg. l. 11. C. hoc tit. l. cum mulier 47. ſol. matr.* Removet præterea fratrem & ingratitudo ex tribus cauſis expreſſis *Nov. 22. c. 47.* eaſque cauſas opponi ab hærede & probari ſufficit, etiamſi à teſtatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum eſt. *Gudelin. de jur. nov. lib. 2. c. 8.*

Ultra fratres & ſorores, &c.] Cognatos, qui ſunt ultra fratrem, Ulpianus in *l. 1. hoc tit.* hortatur, ne ſe ſumptibus inanibus vexent, eò quòd in lite de inofficioſo obtinere ſpem non habeant. Ex quo explicandum eſt, quod Juſtinianus hic ſimpliciter ait, eos nullo modo agere poſſe aut agentes vincere: item quod Diocler. & Maxim. reſcribunt, *in l. fratris 21. C. eod.* neminem eorum qui ex tranſverſa linea veniunt, exceptis fratre & ſorore, ad inofficioſi querelam admitti; nimirum non admitti, agere aut agentes vincere, ſuoque jure teſtamentum evertere non poſſe, ſi exceptio iis objiciatur non competentis querelæ. Planè, ſi enim egerint, & nemine fortè eos repellente obtinuerint, teſtamentum jure reſciſſum manet, remque proximi ab inteſtato auferunt; *l. 6. §. 1. eod.* Similem ſuperioribus quæſtionem peperit conſtitutio Juſtiniani *Nov. 118. cap. 3.* ubi auum fratribus defuncti ad ſucceſſionem admittit fratrum demortuorum filios: de hac autem quæſtione idem, quod de præcedentibus, judicium eſto.

TEXTUS.

Qui alio jure veniunt, de inofficioſo non agunt.

2. *Tam autem naturales liberi, quam ſecundum noſtræ conſtitutionis diviſionem adoptati, ita demum de inofficioſo teſtamento agere poſſunt, ſi nullo alio jure ad defuncti bona venire poſſint. Nam qui ad hæreditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioſo agere non poſſunt. Poſthumi quoque, qui nullo alio jure venire poſſunt, de inofficioſo agere poſſunt.*

NOTÆ.

2. *Naturales liberi*] Id eſt, juſtis nuptiis quæſiti: *v. ſup. de adopt. in pr.* quibus exæquati & qui poſtea facti legitimi. *Nov. 89.* Matris autem teſtamentum etiam ſpuriis inofficioſum dicunt, *l. 29. §. eod.*

Noſtræ conſtitut. diviſionem] Adoptati ab aſcendente queri poſſunt, ab extranea perſona non poſſunt. Conſtitutio eſt *leg. pen. Cod. de adopt.*

Alio jure veniunt] Igitur impuberes adrogati queri non poſſunt, quia quartam habent ex conſtitutione D. Pii, *l. 8. §. 15. hoc t.* nec ſui nec emancipati præteriti à patre, quia illorum præteritio patrem inteſtatum facit, hi habent contra tab. *ſup. de exh. lib.* quam ob cauſam querela dicitur ultimum adjutorium, *l. ult. Cod. de lib. præt.* ἐσχάτη βοήθεια. Th.

Poſthumi qui nullo alio jure] Ac proindè non aliter, quàm ſint exhæredati: nam & poſthumi ſui & quaſi poſthumi præteriti, agnaſcendo aut quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpunt; ex filio concepti poſt emancipationem bonorum poſſeſſores efficiuntur, *leg. 1. §. leg. 3. pr. cont. tab. §. 1. 2. & 5. ſup. de exhib. lib.* Cæteri poſtumi alieni aliud remedium non habent, *leg. 6. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quam rationem habeat, quòd qui alio jure venire poſſunt, ad querelam non admittantur.*
2 *Cur parenti manumiſſori querela detur, cùm contra tabulas petere poſſit.*
3 *Quando poſthumis querela neceſſaria: & num idem adhuc hodie.*

SEcundùm noſtræ conſtitutionis diviſionem] Intelligit conſtitutionem, quæ extat in *l. pen. C. de adop.* cujus crebra in hiſce libris mentio, *§. 2. ſup. de adopt. §. 5. ſup. de exhær. lib. §. 1. tit. prac. §. ſed ex. 14. inf. de hær. quæ ab int.* Significat autem, ex ſua conſtitutione eos dumtaxat liberos à patre naturali in adoptione datos queri de inofficioſo patris teſtamento poſſe, qui dati ſunt perſonæ non extraneæ, puta avo aut proavo materno. Illud ſæpè monuimus, perpetuum eſſe in jure noſtro, ut cum liberi naturales opponuntur liberis adoptivis, per eos ſignificentur liberi ex juſtis nuptiis procreati, *leg. 1. §. liberos 6. unde lib. leg. 1. §. 2. de ſuis & legit. ſup. de adopt. in pr. §. 2. inf. de hær. quæ ab int.* quamquam matris teſtamentum etiam naturales illegitimi, adeòque ſpurii,

ſpurii, inofficioſum dicunt, *l. ſi ſuſpecta 29. §. 1. hoc tit.*

1 *Qui ad hæreditatem, &c. alio jure veniunt, de inofficioſo agere non poſſunt*] Hoc, credibile eſt, introductum eſſe, ut quoad fieri poſſet, ſalvo jure exhæredati aut præteriti, exiſtimationi teſtantium pareeretur, quos querela, dum quæſito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humanè, nec piè feciſſe arguit. Eſtque querela remedium extraordinarium ac ſubſidiarium; cujuſmodi concedi non ſolet ei, qui communi & ordinario auxilio munitus eſt, *l. in cauſæ. 16. de minorib.* Proindè qui teſtamentum nullum, ruptum aut irritum dicere poteſt, inofficioſum non dicet; niſi fortè juſta cauſa ſit dubitandi, an alio remedio æquè cautum ſit agenti: tunc enim eligere licet, *leg 8. §. ſi quis 12. hoc tit. fac. leg. 7. §. 3. de dol.* & ſi quis exempli gratia nullum dixerit, nec obtinuerit, non prohibetur poſtea de inofficioſo queri, *l. contra 16. & ibi Sichard. Cod. eod.* Pari ratione liberi emancipati præteriti, quia jure honorario ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admittuntur, de inofficioſo agere non 2 poſſunt, *l. ſi ponas 23. eod.* In ſumma de inofficioſo agere non poteſt, niſi qui omni alio auxilio tum civili, tum prætorio deſtitutus eſt: quam ob cauſam querela inofficioſi ultimum dicitur adjutorium, *leg. ult. verſ. nam cum ultimum, Cod. de lib. præt.* ἰχάτη βοήθεια, Theop. Sed hic jam quæret aliquis, cur igitur patri à filio emancipato præterito querela datur inofficioſi, cùm *bonorum filii poſſeſſionem contra tabulas* petere poſſit *tit. ſi à par. quis man.* In promptu reſponſio eſt, hanc bonorum poſſeſſionem non dari patri, tamquam patri, ſed tamquam manumiſſori & patrono: nam emancipatus à parente in ea cauſa eſt, ut in contra tabulas bonorum poſſeſſione liberti exitum patiatur, *leg. 1. in pr. d. tit.* ut patronus igitur contra tabulas agit; ut pater, querela inofficioſi. Et longè diverſa eſt iſta bonorum contra tabulas poſſeſſio ab ea, à qua excluduntur exhæredati & ſimiles exhæredatis præteriti, *leg. 8. in pr. cont. tab.* quæ ad parentes non pertinet, ſed tantùm ad liberos à patre præteritos & maximè emancipatos, *leg. 1. & poſſ. d. tit.* Conſiderandum quoque eſt, bonorum poſſeſſionem, quæ ad exemplum patroni patri datur, non eſſe remedium ejuſdem poteſtatis, nec æquè plenum, ac querela: cùm querela totum teſtamentum reſcindat, bonorum autem iſta poſſeſſio conſtitutæ tantùm partis plerumque detur, *leg. 3. d. tit.* Nocere autem parenti non debet, quòd jura patronatus habeat, cum ſit pater, uti diſputat Juriſconſultus *d. l. 1. §. ult.* & translatitium apud noſtros eſt, poſſe eum ordinario remedio concurrere extraordinarium, quoties hoc plenius eſt, atque expeditius. Planè qui de inofficioſo acturi erant, accipiebant quidem etiam bonorum poſſeſſionem, ſed eam, quæ litis ordinandæ gratia querentibus erat neceſſaria, ut juſto titulo niti, & hæreditatem petere viderentur, *l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. in pr. hoc tit.* Cæterum ea bonorum poſſeſſio ſine re & effectu erat; neque enim ideo ſcriptis hæredibus bonorum poſſeſſio auferebatur, *l. 2. C. eod.* cujus rei etiam ſupra meminimus *ad §. pr. hujus tit.*

Poſthumi quoque, qui nullo alio jure] Conſtat, 3 jure veteri liberos omnes exhæredatos pari hac in re conditione fuiſſe, ut nec jure civili, nec prætorio teſtamenta parentum turbarent, unamque tantùm illis ſuperfuiſſe querelam inofficioſi teſtamenti, *l. 8. in pr. cont. tab.* Idque itaque erat, ſive cauſæ ingratitudinis teſtamento adſcriptæ eſſent, ſive non eſſent; ſive conſtaret liberos ingratos non fuiſſe, ſive conſtaret ne ingratos quidem eſſe potuiſſe; ideòque in infante quoque exhæredato valebat teſtamentum, neceſſariaque erat exhæredato inofficioſi querela: quod jus à Juſtiniano quoque confirmatum, *leg. ſi quis 33. §. 1. Cod. hoc tit.* Poſthumo non tantùm exhæredato, verùm etiam præterito valebat ab initio teſtamentum: ſed præteritus alio jure veniebat, quia nativitate ejus rumpebatur teſtamentum: exhæredatus non rumpebat, ſed ad reſcindendum teſtamentum non ei minus, quàm cæteris liberis exhæredatis, querela opus erat. Hoc itidem jus confirmavit Juſtinianus *leg. omnimodo 30. §. 1. Cod. eod. & hoc noſtro §.* Pro exhæredatione reputamus etiam eam præteritionem, quæ à matre aut avo materno facta eſt, *§. ult. ſup. de exhær. liber.* Cæterum non perſtitiſſe in eo jure Imperatorem, totumque hoc abrogaſſe, *Nov. 115. cap. 3.* pleriſque interpretum noſtrorum viſum fuit. Qui ſic ratiocinantur: Si ex *dict. Nov.* teſtamentum ipſo jure nullum eſt; cum liberi, in quos cadere poteſt ingratitudo, exhæredati ſunt ſine expreſſione juſtæ cauſæ ingratitudinis, multò magis ubi nulla eſſe poteſt exhæredationis cauſa, ut in infante & poſthumo, teſtamentum his exhæredatis nullum erit, aut agnatione poſthumi rumpetur, ac proindè cum alio jure ex *d. Nov.* veniant, ad querelam non debent admitti. Mihi verò contra videtur ſententia iſta conſtitutioni Juſtiniani planè adverſari. Jubet quidem Juſtinianus, liberos exhæredari juſtis cauſis, eaſque adſcribi; cæterum non ut teſtamentum ab initio conſtet, ſed ut ſi contra factum ſit, reſcindatur, ne exhæredatio noceat; caveatque nominatim, ne noceat ſolis liberis, non ut aliis ea proſit; quod futurum eſt, ſi, teſtamentum non reſcindi, ſed nullum eſſe, dicimus. Quamobrem ſtatuimus etiam poſt *d. Nov.* dummodò liberi, quicumque erunt, ritè ſint exhæredati ſecundùm formam juris veteris, quantumvis nulla ſit cauſa exhæredationis, aut non ſit adſcripta, jus antiquum manere, & querelam ſolam exhæredatis dari, etiam poſthumis & infantibus. Pluribus argumentis, quibus hæc ſententia ſtabilitur, uſus ſum *d. pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De eo, cui teſtator aliquid reliquit.

3. *Sed hæc ita accipienda ſunt, ſi nihil eis penitus à teſtatoribus teſtamento relictum eſt. Quod noſtra conſtitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacumque pars hæreditatis, vel res, eis fuerit relicta, de inoſſicioſo querela quieſcente, id quod eis deeſt, uſque ad quartam legitimæ partis repleatur; licèt non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.*

NOTÆ.

3. *Noſtra conſtitutio ad verecundiam naturæ*] Ipſorum parentum gratia, nam cujus teſtamentum inofficioſum dicitur, ejus opinio læditur & pudor ſugillatur, dum inſimulatur dementiæ. Plin. 5. *Epiſt.* 1. Conſtitutio eſt, *l.* 30. *C. hoc tit.*

Quod deeſt repleatur] Conditione ex *d. l.* 30. quæ actio diverſa eſt ab illa de inofficioſo. Condictio illa perpetua eſt, atque ad hæredes tranſmittitur; querela finitur quinquennio, *l.* 8. §. *ult.* & *l. ſeq. eod. l.* 34. *C. eod.* nec tranſmittitur, niſi præparata, *l.* 6. §. *ult.* cum 2. *ll. ſeqq. eod.* illam excludit agnitio relicti, hanc non item.

Ad quartam legitimæ partis] Legitimam partem hic vocat totum illud, quod jure legitimæ ſucceſſionis debetur. Quæ verò pars paſſim appellatur legitima, τὸ νόμιμον μέρος, ea portionis illius pars quarta eſt, *leg.* 6. §. 8. *eod.* hodie tamen aucta, *v. inf.* §. *ult.* vide infra in comment.

Licèt non fuerit adjectum] Quod adjici olim ad excludendam querelam neceſſarium, *leg.* 25. *eod. leg.* 4. *Cod. Th. eod.* Alioqui etiam hæres in minore parte inſtitutus queri poterat, *leg.* 3. *Cod. eod.* excepto quòd fratribus cohæredibus adjectis quartæ petebat ſuppletionem. Paul, 4. *tit.* 4.

COMMENTARIUS.

1 *Ius vetus, & quatenus ab eo paulatim receſſum conſtitutionibus Iuſtiniani.*
2 *Auctio portionis legitimæ, & an ea quoque ad parentes & fratres pertineat.*
3 *An ut augeri & minui legitima poteſt, ita & in totum tolli.*
4 *Si minus legitima relictum, qua actione quod deeſt, petatur: & quibus rebus ea actio differat à querela inoffcioſi.*

IN hoc loco explicando multum operæ VVeſembecius poſuit: alii, ut Vigl. Mynſ. Hot. leviter tantùm eum præſtrinxerunt. Difficilem ſane reddit crebra juris mutatio. Veteres juris auctores putaverunt, teſtamentum, in quo debita legibus portio iis, qui queri poſſunt, relicta eſſet, pro inofficioſo aut contra pietatem facto habẽdum non eſſe. Cęterum ut id ab expugnatione immune eſſet, totam legitimam, id eſt, quartam integram debitę portionis ab inteſtato, ex judicio defuncti, eos habere voluerunt, ſive in hæreditate, ſive in legato aut fideicommiſſo, *l.* 8. §. *quis* 6. & §. 8. *h. t.* Si minus relictum eſſet, querela iis non denegabatur, niſi judicium defuncti agnitione relicti aut quavis ratione comprobaſſent, *d. l.* 8. §. *conditioni* 10. *l. ſi pars* 10. § *ult. l. nihil* 12. *l. filius* 22 *l. pen.* §. 3. & 4. *ult. eod.* Planè ſi expreſsè in hoc aliquid datum fuiſſet, ut in quartam haberetur, neque id quartam ęquaret, boni viri arbitratu repleri poterat, *l. ſi non mortis* 25. *eod.* Paulus quoque *li.* 4. *ſent.* §. ſcribit filium ex minore parte inſtitutũ cui fratres cohæredes dati ſint, jure deſiderare, ut portio debita ſuppleatur, citra inofficioſi querelam: unde ſimul apparet; adjectis extraneis ſecus fuiſſe, *fat. l.* 3. *C. hoc tit.* Illud omnino certum eſt quando teſtator nominatim cavisset, ut ſi minus relictum eſſet, ſuppletio ad modum quartæ fieret, tunc ceſſante querela id ipſum boni viri arbitratu hæredem ſupplere debuiſſe, *l.* 4. *C. Theod. eod.* Illud igitur hic apprimè notandum, olim ita jus fuiſſe, ut non tam ipſa exhæredatio aut præteritio querelæ faceret locum, quàm quartæ ſive legitimæ portionis per exhæredationem aut præteritionem ademptio, atque hinc eveniſſe, ut & is, cui exhæredato pars legitima relicta eſſet, à querela repelleretur; & is, qui ex minore parte, quàm quæ legitimam conficeret, hæres inſtitutus eſſet, datis cohæredibus, admitteretur ad querelam, ut perſpicuè probat d. locus Pauli & Ulpiani quoque in *d. l.* 8. §. *quarta* 9. quod quia in principio omiſſum eſt, hic annotare libuit. Videamus nunc, quatenus Juſtinianus ab hoc jure receſſerit ea conſtitutione, cujus hic meminit, & quæ extat in *l. omnimodo* 30. *C. hoc tit.* Is vetera jura intacta ſervari expreſsè voluit, id eſt, querelam inofficioſi locum habere, cum nihil exhæredatis aut præteritis teſtamento relictum eſt, §. 1. *d. l. omnimodo* & *l. ſeq.* At ſi ei, qui queri poterat, aliquid relictum ſit, vel in hæreditate, vel legato aut fideicommiſſo, id ſatis Imperatori viſum eſt ad excludendam querelam confirmandumque teſtamentum; jubetque hoc caſu id quod deeſt, uſque ad portionem legitimam ſuppleri, licèt teſtamento adjectum hoc fuerit, ut boni viri arbitratu ſuppleretur, *d. l. omnimodo in pr.* quod etiam repetit *l. quæ nuper* 31. & *aliquot ſeqq. Cod. eod.* & exprimit hoc §. Loqui generaliter, profiteturque ſe hoc conſtituiſſe, ut amputaret innumerabiles occaſiones ſubvertendi ultimas hominum diſpoſitiones, atque in eo reſpexiſſe ad verecundiam naturæ. Ac proindè VVeſembecio aſſentiendum non eſt, qui arbitratur, in una tantùm ſpecie. cum ſcilicet nominatim aliquid in quartam ſeu pro legitima relictum eſt, correctioni conſtitutionis & ſuppletioni locum eſſe: ſin autem ſimpliciter quid relictum ſit, queri etiamnum exhæredatis licere, nec d. conſtitutionem refragari. Alia conſtitutione Imperator ſancivit,

Digitized by Google

ſit etſi quis relictum aut inter vivos ſibi donatum, ut id ei in quartam imputaretur, poſt obitum defuncti agnoverit, aut retinuerit, non idcirco tantùm impediretur, actione expletoria id quod legitimæ deeſt, perſequi, niſi agnoſcens adjecerit, nullam ſibi ſupereſſe de repletione quæſtionem: *l. ſi quando 35. §. 2. & 4. C. eod.* Noviſſimo jure non tam debitæ portionis per exhæredationem ademptio, quàm ipſa exhæredatio per ſe querelam inducit; adeò ut quamvis quartam liberi aut parentes habeant, ſi tamen immerenter reperiantur exhæredati, conqueri non prohibeantur, *Nov. 115. c. 3. 4. & 5.* de quo accuratiùs ſub *§. ult. inf. eod.*

Ad verecundiam naturæ] Ne ſcilicet temerè atque irreverenter liberi proſiliant ad impugnanda ac reſcindenda teſtamenta parentum, quorum ut perſona, ita & voluntas ſancta iis eſſe debet; & in univerſum, ut aliorum quoque pudori conſulatur, nec tam crebra ſit occaſio ſuprema hominum judicia evertendi, tamquam impia atque inhumana, quæſito colore ac prætextu futuri, *d. l. omnimodò in pr. C. hoc tit.* Nam is, cujus teſtamentum inofficioſum dicitur, dementiæ videtur inſimulari: ejus certè opinio læditur, & pudor ſuggillatur. *Plin. 5. epiſt. 1.* Igitur poſt introductam actionem ad ſupplementum, neq; inſtitutis in parte aliqua hæreditatis, neque iis quibus exhæredatis per legatum aut fideicommiſſum aliquid relictum eſſet, quantumvis minus legitima portione, querela ampliùs competiit, ſed iis ſolus, quibus nihil omnino relictum erat neque in hæreditate, neque in re alia, *d. l. omnimodò & l. ſeq. C. eod.* Nemo verò putet, ſi teſtator filio, quem in poteſtate habet aut habuit, præterito, quartam partem, verbi cauſa, legaverit, prohiberi conſtitutione Juſtiniani teſtamentum nullum dicere, aut bonorum poſſeſſionem contra tabulas accipere: nam ad ea tantùm patrum teſtamenta conſtitutio pertinet, quibus filii in poteſtate conſtituti aut emancipati legitimè exhæredati ſunt; ut alio remedio attentari aut infirmari non poſſint, quàm ſubſidiario querelæ *§. 2. præc.*

Ad quartam legitimæ partis] Legitimam partem hic vocat totam illam portionem, quæ jure legitimæ ſucceſſionis ex bonis defuncti liberis, parentibus, fratribus debetur. Plerumque tamen ipſa quarta, ad quam in propoſito repletionem fieri vult, legitima dicitur, item debita portio, & debitum bonorum ſubſidium, *l. 8. §. unde 11. hoc tit. l. 5. C. de inoff. don.* Græcis τὸ νόμιμον μέρος. Atque adhuc hodie quarta paſſim appellatur, nimirum qui a jure antiquo quarta pars fuit ejus, quam dixi, portionis, ſcilicet quæ ad eum, qui queritur, perventura fuiſſet, ſi paterfam. inteſtatus deceſſiſſet, *l. 8. §. ſi quis mortis 6. eod.* Quo primùm tempore aut qua lege modus hujus portionis ſic definitus ſit, non liquet. Juſtinianus quantitatem auxit in liberis, proque quarta ſubſtituit tertiam, in liberis pluribus quatuor etiam ſemiſſem, *Nov. 18.* quod augmentum, etiam ad parentum legitimam ratione trientis pertinere ſtatuunt comm. DD. hic & in *auth. noviſſima, Cod. hoc tit. Graſſ. §. legitima, quæſt. 9.* & Magiſter apud *Harmen. lib. 5. tit. 9. §. 14.* Nonnulli etiam ad fratres totum incrementum proportionaliter porrigunt, quos ſequitur *Fachin. 4. controv. 28.* quamquam neutrum horum aut inſcriptioni tituli, aut præfationi conſtitutionis, aut ratione conſtituentis mentive convenit, neque temerè admittenda videtur extenſio, cùm utique major ſit ratio liberorum. Neque verò verbis generalibus, quibus clauditur *cap. 1. dict. Nov. 18.* comprehenduntur parentes & fratres, ſed diverſæ liberorum perſonæ deſignantur, videlicet filii, nepotes, pronepotes, poſthumi omnes, tum in paterna tum in materna linea, adeòque in hac etiam liberi naturales, uti titulus apertè ſignificat, & benè obſervavit Vaudus *lib. 1. var. quæſt.* 50. Uſus tamen augmentum admiſit in parenti- 3
bus. Porrò hæc conſtitutio Juſtiniani occaſionem DD. dedit quærendi, utrùm quemadmodum legitima augeri & minui lege civili poteſt, ita poſſit & in totum tolli. Vulgò ſic cenſent, liberorum & parentum legitimam mutari tantù poſſe, tolli non item; fratrum poſſe & tolli: utunturque hoc argumento, quòd liberis & parentibus legitima debeatur jure naturæ, fratribus ex ſola diſpoſitione juris civilis, *Mynſ. 4. obſ. 43. & 6. obſerv. 44. Gail. 2. obſ. 122. Covar. in 4. decretal. p. 2. cap. 8. §. 6. num. 5. Graſſ. §. legitima, quæſt. 2. Chiflet. de port. leg. cap. 3. Schneid. hic, nu. 16.* Sed primum inſubtile eſt, quòd quæſtionem proponunt de ipſa legitima: ſiquidem quod legitima propriè & formaliter dicitur, nempe certa illa & definita quantitas, cùm ſit ex jure civili, eodem jure quoque tolli poteſt, id eſt, ſanciri, ut nomine legitimæ non ampliùs talis portio, ſed alia veniat: ideòque potiùs de jure ſuccedendi in univerſum quærendum fuerat. Quod etiam ipſos ſenſiſſe exiſtimo, ſive, quod res ipſa oſtendit, eum legitimam ajunt humanis legibus tolli non poſſe, id ſic capiendum eſt, quatenus in legitima inſunt alimenta neceſſaria. Nam utique quod ſupra eſt, tolli poteſt, non repugnante natura. Deinde malè in propoſito parentes liberis exæquant. Tota igitur diſputatio & quæſtio huc redit, an jure civili effici poſſit, ut ne liberi parentibus, parentes liberi, & fratres fratribus ſuccedant; idque duobus modis intelligi poteſt; primò, an effici poſſit, ut non ſuccedant omninò, id eſt, etſi quis ex his perſonis inteſtatus deceſſerit; ſecundò, an poſito, quòd ab inteſtato ſuccedant, à ſucceſſione iſta excludi poſſint per exhæredationem, aut præteritionem. In utroque autem alia liberorum, alia parentum & fratrum ratio eſt. Et ad primum quod attinet, perſpicuè palam eſt, liberis naturæ lege parentum deberi hæreditatem. *Ratio naturalis,* inquit Paulus Juriſconſultus, *quaſi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando, l. 7. de bon. damnat.* cui ſimile eſt, quo Plutarchus in libello elegan-

Digitized by Google

tiſſimo de prolis amore ſcriptum reliquit, liberos hæreditatem, ut ſibi debitam, *ὡς ὀφειλομένην*, exſpectare. *Sanguinis honorem reliquit*, ait Val. Maximus de Q. Hortenſio, qui filiam ſibi minùs probatam hæredem ſcripſerat, *lib. 5. cap. 9.* Papinianus in *l. 7. in fin. unde lib.* ſcribit, liberis parentum hæreditatem deberi *propter naturæ ſimul, & parentum commune votum*; id eſt, liberos ſequi hæreditatem partim ob præciſum debitum naturale, partim ex conjectura naturali, qua parentes creduntur id velle, ut liberis quàm optimè proſpectum ſit: nimirum creduntur parentes liberis, ut corporis ſui partibus, non tantùm de neceſſariis, ſed & de his, quæ ad vitam ſuaviùs honeſtiùſque tranſigendam pertinent, quàm uberrimè voluiſſe proſpectum. Quæ cùm ita ſint, lex civilis efficere non poteſt, ut liberi in totum & ſimpliciter à ſucceſſione parentum excludantur. Cæterum non eſt iniquum, ut hic tribuatur aliquid rationi civili & ſtudio familiarum conſervandarum, ac propterea alii aliis potiore conditione in ſucceſſione cenſeantur, & maſculi fœminis, agnati liberis emancipatis, & liberis in ſucceſſione matris anteponantur, dum ne liberi fraudentur neceſſariis alimentis, quæ præcisè natura debentur. Parentes verò, quos ad bona liberorum non naturæ & liberorum commune votum, ſed ſola ratio miſerationis admittit, *dict. leg. 7. in fin. unde lib. leg. 15. in pr. de inoff. teſtam.* faciliùs excludi poſſunt. Nam & ante Senatuſconſultum Tertullianum mater non admittebatur, & poſt id Senatuſconſultum eam excludebant fratres conſanguinei, & parentibus omnibus aliquando fratres prælati, non conſanguinei tantùm, verùm etiam uterini, *l. 4. Cod. de bon. quælib. l. 2. Cod. ad Senatuſc. Tertull.* & apud nos in parte Hollandiæ auſtrali, altero parente mortuo, parens ſuperſtes excluditur à ſucceſſione liberorum à cognatis per defunctum parentem, juxta illud, quod vulgò dici ſolet, *Paterna paternis, materna maternis.* Similiter & fratres removeri à ſucceſſione poſſunt, admiſſis aliis, ſicut pater olim non tantùm, ut manumiſſor, ſed etiam ut pater, in ſucceſſione filii emancipati fratribus prælatus fuit, qua de re uberiùs agemus *infr. lib. 3. titul. 1. & 3. ſeqq.* De altero ſic cenſeo, poſſe tale jus conſtitui, ut parentes & fratres, quamvis ad ſucceſſionem ab inteſtato vocentur, impunè præteriri aut ſummoveri poſſint, neque neceſſe eſſe his aliquid pro legitima aut in alimenta relinquere, niſi lex aliqua humana id jubeat: quippè cùm hæc non ſic parentibus & fratribus, uti liberis, debeantur; ſed tantùm ratione officii & commendatione pietatis. Neque verum eſt, quod poſt DD. vulg. *Mynſ. obſer. 44.* aſſerit, parentum legitimam ita cauſam habere radicatam in jure naturali, ut lege humana tolli nequeat. Liberorum verò legitima civili lege in totum tolli nequit, hoc eſt, jus civile efficere non poteſt, ut liceat parentibus liberos ſuos ſine juſta cauſa à tota ſua ſucceſſione repellere, ad quam lex naturalis, quaſi debitam, & quidem præcisè ratione alimentorum, eos vocat, *argum. dict. l. 7. de bon. damn. junct. leg. 6. de juſt. & jur. add. Oſvvald. Hillig. in lib. 19 comm. Don. cap. 4. & ibi alleg. Paul. Buſ. ad l. 8. §. ſi quis mortis, numer. 11. & ſeqq. hoc tit. Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap. 7. num. 4. & ſeq.*

Repleatur] Qua verò actione repletio ejus,
quod deeſt, petetur, utrùm actione ex teſtamento,
an qua alia, puta petitione hæreditatis,
aut judicio familiæ erciſcundæ, an potiùs condictione
ex lege Juſtiniani? Et ſiquidem filium
ponimus exhæredatum adſcripto legato, cer- 4
tum eſt actionem familiæ erciſcundæ aut petitionem
hæreditatis hic competere non poſſe. Probabiliter
autem defendi poteſt, agi poſſe ex teſtamento,
& quod deeſt tanquam legatum peti,
maximè ſi teſtator id ſuppleri juſſerit: quamquam
etſi nihil dixerit, idem probari poteſt,
quaſi id potiùs voluerit, quàm teſtamentum reſcindi.
At ſi inſtitutus ſit filius, quod ad excludendam
querelam hodie neceſſarium eſſe docebimus,
§. ultim. inf. eod. hic ſi ex parte aliqua hæreditatis
inſtitutus ſit, poterit & petitione hæreditatis
& judicio familiæ erciſcundæ nomine ſupplementi
experiri, quia ſcilicet pro parte hæres
eſt, ſin inſtitutus ſit in re certa, quod eodem loco
oſtendemus nunc ſufficere ad excludendam
querelam, hic non videtur locus eſſe judicio petitionis
hæreditatis aut familiæ erciſcundæ, ſed
tantùm actioni ex teſtamento: quoniam qui certæ
rei hæres ſcriptus eſt, dato cohærede, legatarii
loco habetur, *leg. 13. Cod. de hær. inſt.* Cæterum
dubitationis omnis tollendæ cauſa, tutius
fortaſſis erit admittere conditionem ex lege.
Quod etiam crebriùs placuit. Vulgò conditionem
hanc actionem ad ſupplementum vocant,
notantque triplicem inter eam & querelam
de inofficioſo differentiam. Prima eſt, quòd
querela taciturnitate quinquennii, ab adita hæreditate
computandi, extinguitur, *leg. 8. §. ult. & leg. ſeq hoc tit. leg. 16 leg. ſi quis 34. leg. penul. §. 2. Cod. eod.*
hæc actio ſive condictio ex lege, ut
favorabilis, perpetua eſt, id eſt, durat annos
triginta; qui terminus eſt actionum omnium in
perſonam, *leg. 3. Cod. de præſcr. 30. ann. decis. 3. Cur. Holland.* Altera, quòd querela (quippè
quæ inſtar eſt actionis injuriarum, *leg. 8. in princ. hoc tit.*)
excepto caſu *d. leg. ſi quis 34. Cod. eod.*
in hæredem non tranſmittatur, niſi præparata,
actio hæc etiam non præparata tranſeat. Tertia,
quod qui agnoſcit, quod ſibi teſtamento
relictum eſt, querelæ renunciaſſe intelligitur,
leg. 10. §. 1. l. 12. in princ. eod. non autem huic
actioni ad ſupplementum, *leg. ſi quando 35. §. 2. Cod. eod.*
Primam differentiam non admiſit Bartolus,
ſed reliqui omnes admiſerunt, teſtibus, *Vigl. Mynſ. & Vveſemb. hic, Gail. lib. 2. obſ. 120.*

TEX-

TEXTUS.

Si tutor cui nihil à patre relictum, pupilli nomine legatum acceperit.

4. *Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex teſtamento patris ſui legatum acceperit, cum nihil erat ipſi tutori relictum à patre ſuo; nihilominus poterit nomine ſuo de inofficioſo patris teſtamento agere. Sed ſi è contrario, pupilli nomine, cui relictum fuerat, de inofficioſo egerit, & ſuperatus eſt: ipſe tutor, quod ſibi in teſtamento eodem relictum eſt, non amittit.*

NOTÆ.

4. *Si tutor, &c. legatum acceperit*] Repellitur ab inofficioſi querela, qui exhæredatus legatum ex teſtamento percepit, aut petenti advocationem præbuit. Agnoviſſe enim judicium defuncti videtur, *l. 8. §. 10. l. 10. §. 1. l. 12. l. ult. eod. l. 8. §. 1. C. eod.* Tutorem autem neceſſitas officii excuſare debet, qui id totum alii adminiſtravit, *d. l. 10. §. 1. l. 22. de his quæ ut indign.*

Sed ſi è contrario] Qui voluntatem defuncti ſive ſuo ſive alieno nomine dicit inofficioſam, legatum ſibi relictum perdit: impugnavit enim judicium defuncti, *l. 8. §. 14. h. t.* ſed neceſſitas officii & fides tutoris hic etiam excuſat, *l. 30. §. 1. eod.* Qui negat teſtamentum patris jure factum eſſe, non intelligitur judicium impugnare, & ideò retinet defuncti voluntatem, *l. 24. de his quæ ut ind.*

COMMENTARIUS.

1 *Effecta agnationis, & oppugnationis judicii defuncti.*
2 *Hæc effecta ad eos non pertinere, qui ex neceſſitate officii alieno nomine agnoſcunt aut impugnant.*
3 *Collatio juris veteris & novi, atque in hac parte differentia.*

1 QUi judicium defuncti agnoſcit, puta quod ſibi datum eſt, percipiendo, hoc ipſo teſtamentum comprobare intelligitur, & querelæ renuntiare, *l. 8. §. ſi conditioni 10. l. 10. § 1. l. 12. l. ſi ponas 23. l. pen. §. 3. & 4. l. ult. hoc tit. l. 8. §. 1. C. eod. l. 5. in pr. de his quæ ut indign.* Atque ex contrario, qui voluntatem defuncti impugnat, ut inofficioſam, is legatum ſibi relictum perdit, & id fiſco vindicatur, quaſi indigno ablatum, *d. l. 8. §. meminiſſe 14.* Nec intereſt, utrùm quis nomine proprio judicium agnoverit, inofficioſumve dixerit, an alieno, dummodò id fecerit ſpontè, nec ulla neceſſitate officii cogente, velut ſi advocationem præbuerit, *d. l. ult. in princ.* Cui non obſtat, quòd filius patroni, qui advocationem accuſatori liberti præſtitit, non repellitur à bonorum poſſeſſione liberti, *leg. qui cum 14. §. ſi patroni 9. de bonor. libert.* nam jus bonorum poſſeſſionis liberti, quod patrono & liberis ejus ex edicto competit, non aliter patronus aut liberi ejus amittunt, quàm ſi ipſi libertum accuſaverint. Quod intelligitur ex ratione, qua Juriſconſultus dicto loco utitur; neque enim, inquit, advocatus accuſat. Legatum verò amittit advocatus exhæredati, non quia accuſare teſtamentum intelligitur, ſed quia accuſationem opera juvando intelligitur improbare judicium defuncti; quod ſatis eſſe viſum eſt ad amiſſionem legati, advocato relicti ab eo quem furoris arguit. Cur verò non ſimiliter placeat, eum, qui legatum accepit, non admitti ad arguendum teſtamentum falſum aut non jure factum, & qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellatur ab eo quod meruit; *l. 5. in pr. & §. 1. de his quæ ut indign.* Hanc rationem reddit Papin. *l. ſi teſtamentum 24. eod. tit.* quoniam qui teſtamentum jure factum negat, de jure diſputat, non impugnat aut accuſat judicium. Quòd ſi quis ex ne- 2
ceſſitate officii, ea, quæ diximus, fecerit nomine alieno, excuſatus eſt. Exemplum hoc §. proponitur in tutore: ſed ad omnes hoc pertinet, qui ex officio alios defendere, aut agentes conſilio & opera ſua juvare tenentur; ac proindè etiam ad advocatum, cui clientis cauſam agere publicè impoſitum, *arg. d. l. 5. §. advocatum 13. de his quæ ut indign.* Sive igitur tutor, cùm ipſe exhæredatus eſſet à patre, legatum petierit aut perceperit ex teſtamento nomine pupilli, cujus tutelam gerit, ſive è contrario pupilli exhæredati nomine de inofficioſo egerit, & victus ſit, neque hoc caſu, quod ad ſe attinet, teſtamentum improbaſſe, neque illud probaſſe intelligitur, ſed hæc feciſſe ex neceſſitate officii & fide, quæ excuſata eſſe debet: ac proindè illo caſu non prohiberi ſuo nomine de inofficioſo agere, hoc caſu legatum ſibi relictum petere, *l. adversùs 30. §. 1. h. t. l. tutorum 22. de his quæ ut indign.* Similis priori caſus eſt in *l. cum quidam 26. Cod. de admin. tut.* Porrò autem quod ante diximus, agnitionis judicii defuncti hanc vim eſſe, ut querela amittatur, hoc etiam pertinet ad petitionem reliqui. Sed tenor juris antiqui novis ſubinde conſtitutionibus mutatus eſt. Quod miror neminem interpretum hoc loco annotaſſe. Olim qua- 3
cumque in re judicio defuncti agnito & querela amittebatur, & jus petendi reliqui, non ſolùm in hæredis inſtitutione, ſed etiam in legato, ſive id tamquam ſibi legatum exhæredatus peteret, ſive relictum alii, illius nomine, peteret defenderetve, ſive relictum à legatario acciperet, aut etiam aliquid caperet mortis cauſa; nec referebat, per ſe caperet, an per alium, per textus ſuprà allegat. Conſtitutionibus Juſtiniani nihil quidem mutatũ in inſtitutione hæredis, ſed ſi is, qui queri poteſt, hæredem ſcriptum pro hærede agnoverit, puta res hæreditarias ab hærede emendo conducendove, aut ſolvendo quod defuncto debuit; cujus generis item

Digitized by Google

eſt, ſi quid conditionis implendæ cauſa ab hærede acceperit; (quibus omnibus factis hæres ſcriptus pro hærede agnoſcitur, *leg.8. ſi conditioni 10. leg. ſi ponas 23. hoc tit.*) querelam & jus petendi, quod ſibi relictum, aut quod reliquum eſt, perinde amittit, ut jure antiquo. In legato verò prioribus Juſtiniani conſtitutionibus jus vetus hactenus immutatum, ut quicumque aliâs quæri potuiſſent, hoc ipſo excludantur, quòd legatum illis relictum ſit, quamvis illud non agnoverint: cæterum accepto eo quod relictum eſt, ad ſupplementum ejus, quod legitimæ deeſt, agere poſſunt, *leg. omnimodò 30. cum ſeqq. Cod. eodem.* Itaque jam non agnitio legati, ſed ipſum legatum querelam excludebat. Noviſſimo autem jure ad excludendos à querela liberos, & parentes iterum agnitio legati deſiderari cœpit, ſi nihil iis titulo inſtitutionis relictum eſſet, ſalva tamen, ſi quid debitæ portioni deeſſet, actione ad ſupplementum, *Nov. 115. cap. 5. Dir. Tulden. hic cap. 5. & 6.* Ut igitur ſemel complectar omnem juris veteris & novi in hac parte differentiam, triplex diſcrimen obſervetur. Primum hoc eſt. Olim, ſi minus legitima relictum eſſet, licebat repudiato legato agere de inofficioſo: hodie non licet, ſed legato admiſſo agitur ad ſuppletionem. Secundum eſt. Olim agnitio legati etiam rei minimæ excludebat non tantùm querelam, ſed omnem etiam petitionem reliqui: hodie ita querelam excludit, ut ſalva maneat ejus, quod legitimæ deeſt, petitio; niſi agnoſcens profiteatur, ſe relicto contentum, de reliquo quæſtionem remittere, *leg. ſi quando 35. §. pen. & ultim. Cod. eod.* Poſtremum eſt. Olim qui rogatus erat legatum alteri reſtituere, non prohibebatur eo agnito & reſtituto de inofficioſo quæri: hodie quieſcente querela id onus ſubducitur, proindè quaſi ad modum legitimæ nec reſtituere juſſus ſit, *leg. 10. in fin. hoc tit. junct. l. quoniam 32. Cod. eod.* Quòd ſi quis in eo quod alteri relictum erat, voluntatem defuncti approbaſſet, puta advocationem præſtando aut aliis modis, placebat olim ceſſare querelam, quaſi judicio defuncti etiam in inſtitutione comprobato; quippè qua ſublata, ut tunc jus erat, cætera quoque corruebant, *leg. penult. §. 3. leg. ultim. in pr. & §. 1. hoc titul. junct. leg. 9. de teſt. tut. leg. eam quam, Cod. de fideicomm.* Verùm commutata eſt ratio juris, poſteaquàm placuit, reſciſſo quoad inſtitutionem teſtamento, legata poſſe conſiſtere, *auth. ex cauſa, Cod. de lib. præt.* Hoc enim jure poſito, dicendum omninò videtur, ſola legati, quod alii relictum eſt, agnitione non comprobari inſtitutionem hæredis, *argum. l. 10. Cod. de probat.* ac proindè non prohiberi eum, qui alieno legato judicium agnovit, de inofficioſo ſuo nomine queri, ut benè diſputat *Don. 19. comm. 6.*

TEXTUS.

De quarta legitimæ partis.

6. *Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioſo agere non poſſit, ſive jure hereditario, ſive jure legati vel fideicommiſſi, vel ſi mortis cauſa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo caſibus, quorum mentionem noſtra facit conſtitutio, vel aliis modis, qui in noſtris conſtitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum eſt, ut ſive unus fuerit, ſive plures, quibus agere de inofficioſo teſtamento permittitur, una quarta eis dari poſſit, ut ea pro rata eis diſtribuatur, id eſt, pro virili portione quarta.*

NOTÆ.

5. *Quartam quis debet habere*] Id eſt, portionem legitimam, quæ olim erat quarta debitæ ab inteſtato portionis, *l. 8. §. 8. eod.* Juſtinianus quantitatem auxit, ſubſtituto pro quarta triente, in liberis pluribus, quàm quatuor, ſemiſſe, *Nov. 18.* qua conſtitutione & parentum quoque legitimam ad trientem auctam cenſet Magiſter apud Harmen. *lib. 5. tit. 9. §. 14.* Theodorus Diaconus auctam ἢ [illegible], argum. *cap. 2. de Nov. 18.*

Sive jure legati, &c.] Noviſſimo autem jure ut teſtamentum ab omni impugnatione tutum ſit neceſſe eſt, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis, *Nov. 115. c. 3. 4. 5.* Unde vulgò ajunt, legitimam titulo inſtitutionis eſſe relinquendam, in qua ſententia & Græci ad *l. 8. h. t.* Sufficit autem vel in particula aliqua aſſis vel etiam in re certa inſtitutos eſſe, & ſi quid ad portionem legitimam deerit, id querela ceſſante condicetur actione ſuppletoria, *d. §. 5.*

Iis tantummodò caſibus] Cujac. huc trahit duos caſus *l. pen. §. 1. Cod. de collat.* ſed ex vitioſa, ut Bachovio videtur, collectione conſtitutio eſt *l. 30. C. h. t.*

In noſtris conſtitutionibus] Non extant. Et fortè *noſtris* irreptitium eſt, fac. *l. 17. C. de collat.* junct. *l. 29. C. h. t.* quarum altera Leonis, altera Zenonis eſt.

Pro virili portione quarta] Hodie tertia, aut dimidia pro numero liberorum, *Nov. 18.* Igitur ſi verbi cauſa duo ſint liberi, ſingulorum portio legitima erunt duæ unciæ: ſi ſex, uncia.

COMMENTARIUS.

1 *Refellitur inſignis quorumdam error.*
2 *Iure Digeſt. & Cod. querelæ locum non patuiſſe, legitima quocumque titulo relicta.*
3 *Ius novum à veteri diſcrepare in caſu, quo quid inter vivos donatum eſt ea contemplatione, ut in quartam habeatur.*

4 De-

4 *Iure noviſſimo legitimam titulo inſtitutionis relinquendam. & quomodò hoc accipiendum.*

5 *Quid interſit, titulo inſtitutionis legitima relinquatur, an quo alio.*

INtolerabilis eorum error eſt, qui ex hoc §. colligunt, filium, etiam non legitimè exhæredatum, modò ei quocumque titulo legitima relicta eſſet, jure antiquo queri debuiſſe de inofficioſo, nec alio jure ad bona patris venire po-
1 tuiſſe. Quid enim certius, quàm præterito filio, qui erat in poteſtate, teſtamentum ipſo jure nullum fuiſſe; emancipato præterito datam bonorum poſſeſſionem contra tabulas? Nec eò minùs pro præterito habebatur, teſtamentumve nullum erat, aut per bonorum poſſeſſionem everti poterat, quod quartæ debitæ portionis, aut etiam multò amplius, præterito legatum fuerat. Nam utrùm filius præteritus eſſet, necne, non ex legati datione, ſed ex inſtitutione aut exhæredatione æſtimabatur, omneſque præteriti cenſebantur, qui neque hæredes inſtituti erant, neque ut oportet, exhæredati, §. *eadem* 12. *inf. de hær. quæ ab int.* Itaque quod Ulp. ait, in *l.* 8. §. *ſi quis* 6. *hoc tit.* ſecurè eum teſtari, qui mortis cauſa filio partem donavit; non ſic accipiendum eſt, poſſe patrem iſto caſu ſecurè filium præterire, ſed poſſe ſecurè exhæredare, hoc effectu, ut & teſtamentum jure conſiſtat, nec per querelam reſcindatur. Atque ex hoc jure nihil mutavit Juſtinianus; tota enim hæc diſputatio, ut apparet, pertinet ad liberos, quibus jure civili & prætorio è patris hæreditate excluſis unicum remedium ſupereſt, querela inofficioſi, ac proindè non ad alios, reſpectu patris, quàm qui legitimè exhæredati ſunt; matris enim & per matrem adſcendentium præteritio pro exhæredatione reputatur, ut ſæpè dictum eſt.

Sive jure hæreditario, ſive jure legati, &c.] In explicatione hujus tituli excuſata eſſe debet ejuſdem rei inculcatio. Jure veteri liberis exhære-
2 datis aut præteritis, non jam ideò querela dabatur, quia exhæredati aut præteriti, quàm quòd per præteritionem aut exhæredationem privati quarta ſeu legitima portione. Ea autem relicta, ut nulla ampliùs cenſebatur iniquitas, ita ceſſabat querela, manebat efficax exhæredatio & firmum teſtamentum. Cui erat conſequens, ut querela excluderetur non tantùm ſi quarta relicta foret titulo hæreditario, ſed etiam ſi titulo legati aut fideicommiſſi. Et quia mortis cauſa donationes legatorum inſtar obtinent, *leg. & ſi* 17. *in fin. de mort. ca. don. ſupr. de donat.* §. 1. placebat etiam, ſi quis ei, qui queri poterat, quartam mortis cauſa dediſſet, eum ſecurè teſtari, *d. l.* 7. §. *ſi quis* 6. quod jus in codice ſuo, item *Nov.* 18. *c.* 1. unde *auth. noviſſima, C. hoc tit.* Juſtinianus integrum reliquit: noviſſimè verò ab eo receſſit, *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. Cæterum de eo plura inferiùs.

Vel inter vivos iis tantummodò caſibus, &c.] Si quid inter vivos ſimpliciter donatum fuerat, etiamſi quartam adæquaret, per hoc non excludebatur querela; contrà verò ſi hac contemplatione datum erat, ut in quartam haberetur, *leg. ſi non mortis* 23. *hoc tit.* Hoc abrogavit Juſtinian. 3
ea conſtitutione, cujus hic meminit, nimirum *l. ſi quando* 35. §. 2. *C. eod.* Sanxit enim, ut ſi quid liberis à patre inter vivos donatum ſit, etſi ea lege ut hoc in quartam reputent, atque adeò ut renuntient querelæ, & renuntiaverint, niſi tamen patris judicium poſt mortem ejus agnoverint, aut cum ſcriptis hæredibus tranſegerint, manere nihilominùs jus integrum teſtamentum patris arguendi, nec pactum cum patre factum nocere liberis, qui ex ſententia Papiniani meritis magis ad obſequia paterna provocandi, quàm pactionibus adſtringendi ſunt. D. Cujacius putat intelligi *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* ubi Juſtinianus ſancit, ut duobus caſibus donatio ſimplex in collationem veniat; ſi ea lege à patre facta ſit, ut conferatur; ſi facta ſit in compenſationem dotis aut donationis propter nuptias, quam unus è liberis accepit: ex quo colligit Cujacius, donationem inter vivos duobus iſtis caſibus in quartam imputari. Sed vitioſa omnino eſt hæc collectio, atque è diametro pugnat cum *d. l. ſi quando* 35. §. 1. *C. hoc tit.* Ac tametſi verum eſt, omnia, quæ in quartam imputantur, in collationem venire, non idcircò tamen è converſo quæcumque veniunt in collationem, computantur in quartam: quod perſpicuè oſtendit *d. l. pen. in pr. C. de coll.* ut adeò ead. l. quam Cujacius adducit, refellatur ipſius collectio. Et nimirum collatio faciliùs admiſſa eſt, ut æqualitas inter liberos in ſucceſſione ab inteſtato ſervaretur, quàm filii exhæredati excluſio à querela: quem ob caſum Juſtinianus expreſsè noluit per donationem inter vivos, licèt ea conditione factam ut in quartam computaretur, filium à querela excludi, niſi judicium patris poſt obitum ejus agnoviſſet, *d. l. ſi quando* 35. §. 1. & 2. *C. h. t.*

Vel aliis modis, qui in noſtris conſtitutionibus] Hæ conſtitutiones fortaſſis priori Codici inſertæ fuerunt: in poſteriore enim, quem ſolum habemus, nulla Juſtiniani reperitur conſtitutio, quæ huc pertineat: niſi dicimus, verbum *noſtris* irrepititium eſſe & delendum. Sanè Cujac. & Hotom. id non agnoſcunt, & à plurimis libris abeſſe teſtatur Pacius. Fac igitur hic ita ſcriptum eſſe, *aliis modis qui conſtitutionibus continentur.* Quinam ergo iſti modi ſunt præter legatum, fideicommiſſum & donationem mortis cauſa, quibus liberi quarta à parentibus accepta conſtitutionibus à querela repelluntur? Dos & donatio propter nuptias, quam utramque cum Leo conferri à liberis juſſiſſet, *l. ut liberis* 17. *C. de collat.* utramque etiam in quartam imputari præcepit Zeno, *l. quoniam* 29. *C. hoc tit.* Noviſſimo jure, ut ſuprà me- 4
mini, tota hæc ratio mutata eſt. Nam ex *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. non ſufficit ad excludendos à querela liberos & parentes legitimam eis quovis titulo relictam eſſe, ſed ut teſtamentum ab omni

Vinnius in Inſtitut.

Digitized by Google

oppugnatione tutum ſit, neceſſe eſt, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis; ut jam non tam quæratur, an legitimam habeant, quàm an inſtituti ſint, aut juſtè à ſucceſſione ſummoti. Patet hoc primùm ex *d. Nov. c. 3.* ubi Juſtinianus expreſſiſſimis verbis ſancit, non licere penitus parentibus liberos ſuos præterire vel exhæredesfacere, nec ſi quovis titulo particulari eis reliquerint legibus debitam portionem. Deinde ex *c. 5. ejuſdem Nov.* ubi teſtatur, hanc ſuæ ſerenitatis intentionem eſſe, ut à liberis & parentibus injuriam exhæredationis & præteritionis auferat. Atqui non aufertur iſta injuria, ſed manet adhuc, ſi adhuc liceat immerentes liberos & parentes exhæredare aut præterire, etiamſi eis legitima titulo aliquo particulari relinquatur. Tunc ſolùm nulla injuria manet, ſi aut inſtituantur aut meritis de cauſis exhæredentur: unde DD. vulgò ajunt, legitimam hodie titulo inſtitutionis eſſe relinquendam, *Clar. §. teſtamentum q. 38. Graſſ. §. legitima q. 32.* At enimverò neceſſe non eſt, ut inſtitutio fiat in universa legitima, ſed ſufficit vel in particula aliqua aſſis, vel etiam ex rebus certis hæredes nuncupatos eſſe, aut inſtitutos ſimpliciter juſſoſque certis rebus eſſe contentos: quibus caſibus, etſi minus relictum portione legitima, ceſſat tamen querela, & competit actio ad ſupplementum: quòd ſi quid aliud inſuper relictum, id in legitimam imputatur ſecundùm priores Juſtiniani conſtitutiones, *d. c. 5. l. omnimodo 30 cum ſeqq. C. h. t.* cùm contra jure veteri etiam Inſtitutus queri non prohiberetur, ſi ex inſtitutione totam legitimam non obtineret, ut ſup. notatum ad §. 3. At, inquies, hoc poſito aberravit Juſtinianus à ſcopo ſuo. Nam ex vera ratione juris, atque ipſius etiam conſtitutione Juſtiniani, qui certæ rei hæres inſtitutus eſt datis aliis cohæredibus, aut qui ſimpliciter inſtitutus juſſus eſt certis rebus deductis hæreditatem reſtituere, non hæredis, ſed legatarii loco habetur, nullaſque actiones hæreditarias aut exercet aut excipit, *l. 13. C. de hær. inſt. §. ſi quis 9. inf. de fideic. hær.* Jam verò ſi nihil refert, legatum alicui detur, an in re certa hæres inſtituatur addito vero hærede, nec magis hoc, quàm illo modo fiat, ut hæres ſit, falſus Juſtinianus fuit, exiſtimans, injuriam præteritionis, aut exhæredationis tolli, ſi modò hæres quis nuncupetur vel ex re certa, vel ſimpliciter & certis rebus deductis rogetur hæreditatem reſtituere. Nam ſi hæres non fit, ſi nihil ampliùs ea res efficit, quàm ſi legatum accepiſſet, certè pro præterito habendus erit, quomodò ratiocinatur & Gloſſa *in l. ſi quis priore 29. ad Treb.* Ex quo etiam ſequitur, inane eſſe, ſine re atque effectu, quod jactatur de honorifico titulo conſtitutionis. Et fatendum eſt, hoc poſcere rationem juris, atque oportuiſſe, ſi verè ſplendidiore ac lautiore titulo officioſos liberos ac parentes decorari volumus, conſtitui, ut ſaltem in parte aliqua aſſis hæreditarii, licèt minima, vel utique in ipſa legitima, quam pro triente, ſemiſſe aut quadrante nihil accipi vetat, hæredes inſtituantur. Sed tamen Juſtinianus hoc non exigit, cui viſum eſt ſatis tolli injuriam præteritionis per ſolam hæredis nuncupationem, eumque, qui vel in re certa inſtitutus eſſet, juſtam cauſam non habere conquerendi ſe eſſe præteritum, quod ne videatur ſine ullo juris effectu conſtitutum, defendi poteſt cum *Sichard. poſt Bart. Iaſ. & DD. in l. 13. C. de hær. inſt.* eum, qui in re certa inſtitutus eſt, mixtæ cujuſdam conditionis & naturæ eſſe, mediæque inter hæredem & legatarium: unde & hæredis nomen retineat, & rem, in qua inſtitutus eſt, propria auctoritate apprehendere poſſit: quodque præcipuum eſt, jus etiam accreſcendi habeat, hoc eſt, deficiente cohærede ſimpliciter inſtituto, ipſe univerſam hæreditatem ſolus conſequatur, perindè ac ſi ab initio ſolus ex re certa inſtitutus eſſet: licèt aliud videatur Ant. Fab. *dec. 15. err. 5. D. Corn. Suvanelb. tract. de jur. accr. c. 8.* Bartolus *d. loc.* ait, in re certa inſtitutum rei iſtius reſpectu pro legatario cenſeri, reſpectu perſonæ ipſius pro hærede: quod ſatis Juſtiniano viſum ad eum excludendum querela, *vid. Sichard. d. loc. num. 3. Gudel. lib. 2. de jur. noviſſ. c. 7. d. dec. 7. cur. Holland. Graſſ. §. hæreditas q. 8. num. 3. Deckher. lib. 1. diſſ. 8. n. 22. Chriſtin. vol. 4. dec. 11. nu. 5. & vol. 2. dec. 179. Bachov. vol. 2. diſp. 12. theſ. 1.*

5

Ut ea pro rata diſtribuatur] Itaque ſi unus ſit filius, is habere debet quartam partem totius ſubſtantiæ, id eſt, tres uncias; ſi duo, ſingulis ſeſcunciam, & ſic porrò, ut virilis ſingulorum portio ſit quarta ejus partis, quam ab inteſtato habituri eſſent, *l. 8. §. ſi quis d. & §. quoniam 8. hoc tit.* Jure autem noviſſimo ex *Nov. 18. c. 1.* ſi unus ſit filius, is tertiam tot eorum bonorum partem habere debet, id eſt, uncias quatuor: ſi duo, ſingulis uncias duas: & ita deinceps, ut virilis ſingulorum portio ſit triens illius partis, quam ab inteſtato laturi fuerant. Si verò plures ſint liberi, quàm quatuor, ſemis ſingulis relinquendus, id eſt, dimidia ejus partis, quæ jure legitimæ ſucceſſionis debetur. Quare ſi verbi cauſa ſex erunt liberi, legitima ſingulorum erit uncias.

TITU-

Digitized by Google

Titulus XIX.

De hæredum qualitate et differentia.

Continuatio & argumentum tituli.

Si teſtamentum ab initio rectè factum fuerit, neque poſteà infirmatum, ſecundùm ea, quæ ſuperioribus titulis expoſita ſunt, incipit poſt mortem teſtatoris deferri teſtamento hæreditas, ut jam ad acquiſitionem ejus nihil ſuperſit præter ſuſceptionem, quæ ex duabus partibus, quibus acquiſitionem hæreditatis conſtare diximus, ſub §. *ultim. ſup. per quas perſ. cui acq* altera eſt. Quamvis autem eadem ſit ratio acquirendæ hæreditatis ab inteſtato delatæ, atque ex teſtamento: tamen cùm diſſeruiſſet Imperator de deferenda hæreditate ex teſtamento, partem alteram, quæ eſt de delata acquirenda, divellere noluit, licetque hinc petere, quod illò pertinet. Snnt autem duo hujus tituli capita, quorum alterum inſcriptio indicat: alterum eſt de acquirenda vel omittenda hæreditate. Poſterioris cognitio à priori dependet. Nam cùm varia ſit hæreditatis acquiſitio, eam varietatem efficie diverſa qualitas, & conditio hæredum. Quamobrem rectè primùm indicantur genera & differentiæ hæredum, deinde demum diſputatur de acquirenda vel omittenda hæreditate.

Textus.

Diviſio hæredum.

Hæredes autem aut neceſſarii dicuntur, aut ſui, & neceſſarii, aut extranei.

Notæ.

Aut extranei] Rectiùs neceſſariis opponimus voluntarios, *l. 15. & ſeq. de acq. hær. l. 12. de condit. inſt.* nam extranei ad diſtinctionem ſuorum magis dicuntur, non conſiderata in iis neceſſitate, *l. 49. §. de hær. inſt. l. 6. pr. de injuſt. rupt. §. 7. inſ. de hær. ab int.*

Commentarius.

1 *In his regionibus hæredes omnes eſſe voluntarios.*

Trimembris hæc hæredum diviſio ex duabus bimembribus conflata eſt, more noſtris uſitato. Sic autem revocabitur, ut dicamus, hæredum alios eſſe neceſſarios, alios voluntarios; & illorum alios neceſſarios ſimpliciter, alios neceſſarios & ſuos. Rectiùs verò neceſſariis hæredibus opponimus voluntarios, quàm extraneos, *arg. l. 12. de cond. inſt. l. 15. & ſeq. de acq. hær. l. 3. §. 3. de hær. inſt.* quippè extranei ad diſtinctionem ſuorum magis dicuntur, non conſiderata in eis neceſſitate, *l. ſi alienum 49. §. 1. de hær. inſt. l. 6. in pr. de injuſt. rupt. l. 6. de vent. in poſſ. miſſ. §. cum autem 7. infr. de hær. quæ ab int. §. poſthumo 26. tit. ſeq.* Eſt autem hæc diſtributio ex jure civili : nam prætor ſuos hæredes ex ne- 1
ceſſariis vi ipſa fecit voluntarios dato beneficio abſtinendi, *§. 2. inſ. in fin.* In hiſce regionibus præter voluntarios hæredes alios nullos agnoſcimus: non neceſſarios, quia neque ſervos habemus, nec habemus filios cum ſervili illa qualitate; quippè quæ effectus eſt veteris illius juris patrii dominico ſimilis apud nos, ut ſæpè dictum eſt incogniti. Non ſuos: quia ſine fictione dominii rerum paternarum, ejuſque poſt mortem patris continuatione in perſona filii, ſuitas intelligi non poteſt; cujuſmodi Romani juris ſubtilitates noſtræ gentis ſimplicitas reſpuit.

Textus.

De hæredibus neceſſariis.

1. *Neceſſarius hæres eſt ſervus hæres inſtitutus: ideòque ſic appellatur, quia ſive velit, ſive nolit, omnino poſt mortem teſtatoris protinus liber & neceſſarius hæres fit. Unde qui facultates ſuas ſuſpectas habent, ſolent ſervum ſuum primo aut ſecundo, aut etiam ulteriore gradu hæredem inſtituere, ut ſi creditoribus ſatis non fiat, potiùs ejus hæredis bona, quàm ipſius teſtatoris, à creditoribus poſſideantur, vel diſtrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præſtatur, ut ea, quæ poſt mortem patroni ſui ſibi acquiſierit, ipſi reſerventur. Et quamvis bona defuncti non ſufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea cauſa res ejus, quas ſibi acquiſierit, non veneunt.*

Notæ.

Pro hoc tamen incommodo] Pro aſperſione hujus notæ, quòd bona ipſius nomine à creditoribus poſſideantur, vel diſtrahantur.

Illud ei commodum præſtatur] Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως, merces hujus injuriæ. Th.

Ipſis reſerventur] Nempè ſi priùs bonorum ſeparationem impetraverit, quàm ſe miſceat dominicis, *l. 1. §. ult. de ſepar. bon.*

Ex ea cauſa res ejus] Cujac. Fabrot. *ex alia cauſa qua ſibi res acquiſivit*, & ita quoque Th.

COMMENTARIUS.

NEceſſarius hæres eſt ſervus, &c.] Neceſſitatis hujus cauſa eſt dominica poteſtas. Cur enim non liceret hæredem neceſſarium facere, quem licebat occidere? *arg. l. in ſuis 11. de lib. & poſth.* Non ait, inſtitutus cum libertate; quod olim ex plurium ſententia neceſſarium erat, ut valeret inſtitutio; ſed ſimpliciter, inſtitutus: quia etiam omiſſa datione libertatis à domino inſtitutum, liberum & hæredem neceſſarium eſſe voluit, *l. pen. C. de nec. ſerv. hær. inſt. §. 2. ſup. qui & ex quib. ca. man. & ſup. de hær. inſt. in pr.* Abſolutè igitur neceſſarius hæres eſt ſervus à domino hæres inſtitutus; ſed, ſcilicet, ſi in eadem cauſa manſerit. Nam ſi à vivo teſtatore manumiſſus fuerit, ſua voluntate hæres fit: ſi alienatus, novum dominum adeundo hæredem facit, *§. 1. ſup. de hær. inſt.*

Sive velit, ſive nolit, omninò poſt mortem teſtatoris protinus] Hæc verba textus evidentiſſimè oſtendunt, non ideò ſervum hæredem dici neceſſarium, quòd nolenti imponitur neceſſitas adeundi; ſed quia protinus, id eſt, ſtatim à morte teſtatoris, hæres fit, ſolaque juris poteſtate citra ullam aditionem creditoribus hæreditariis obligetur, perinde ut ſui hæredes & neceſſarii. Unde & ſi furioſus ſit, neceſſarius domino hæres exiſtit, *l. furioſus 63. de acq. hær.* Et vel hoc ſolum, quòd abſtinendi facultas ei denegatur, *l. neceſſariis 57. in fin. d. tit.* certum argumentum eſt, ipſo jure eum hæredem fieri. Cui jam conſequens, ſtatim quoque eum & ſimul liberum fieri: quod ſignificat Juriſconſultus *in l. 6. §. ult. de hær. inſt.* cum ait, ſervum hæredem inſtitutum à ſemetipſo libertatem accipere: idemque traditur *in l. ex parte 58. de acq. hær.* Perſpicuus ergo Giphanii error eſt, qui ſcribit, ante aditionem neque liberum fieri, neque hæredem. Et verò hoc ita conſtitui neceſſe fuit, ut invitus obligaretur creditoribus hæreditariis: ſiquidem ut quis præcisè adeat hæreditatem, cogi non poteſt, ne ſervus quidem à domino, *l. 3. C. de hær. inſt.* Obſervandum autem eſt, eum demum ſervum neceſſarium hæredem fieri, cui non aliunde debetur libertas. Nam ſi quis, eum, quem ex fideicommiſſo manumittere debebat, teſtamento ſuo liberum & hæredem eſſe juſſerit, placet hunc neceſſarium hæredem non eſſe: quia libertatem non tam beneficio teſtatoris, quàm alieno, & debitam ſibi, accepit, *l. ſi ſervo 84. de hær. inſt.*

Unde qui facultates ſuae ſuſpectas] Indicat præcipuam utilitatem, eamque ſecutam conſuetudinem inſtituendorum ſervorum. Utilitas in eo conſiſtit, ut bona dominorum, qui ſolvendo non ſunt, poſt eorum mortem, non ipſorum, ſed ſervi hæredis neceſſarii nomine, à creditoribus poſſideantur vel diſtrahantur. Hinc orta conſuetudo, ut qui facultates ſuas ſuſpectas haberent, infamiam auctionis metuentes, eam hoc pacto in ſervos derivarent, quos pro honore delatæ ſibi hæreditatis conjuncto cum beneficio manumiſſionis æquo animo aſperſionem hujus notæ ferre convenit, uti ſupra quoque notatum eſt ſub *§. 1. qui & ex quib. ca. man.*

Hoc commodum præſtatur] Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως, Theoph. Duriuſculum enim fuiſſet, ut ſi quid poſt mortem teſtatoris non ex cauſa hæreditaria, ſed vel ſua induſtria, vel ex aliorum liberalitate acquiſiviſſet, ejus quoque diſtrahendi poteſtas creditoribus fieret. Cæterum priùs quàm bonis teſtatoris ſe immiſceat, cave attingat, petere debet à prætore horum bonorum ſeparationem, quam & hoc caſu impetrat, *l. 1. §. ult. de ſepar. bon.* Quo loco, quod notandum eſt, ſeparari etiam id dicitur, quod ſervo à teſtatore debetur; quaſi hoc etiam dici poſſit à patrono non profectum: quæ ſingularis eſt humanitas.

TEXTUS.

De ſuis hæredibus.

2. *Sui autem & neceſſarii hæredes ſunt, veluti filius, filia, nepos neptiſve ex filio, & deinceps cæteri liberi, qui in poteſtate morientis modò fuerint. Sed ut nepos neptiſve ſui hæredes ſint, non ſufficit eum eamve in poteſtate avi mortis tempore fuiſſe: ſed opus eſt, ut pater ejus vivo patre ſuo deſierit ſuus hæres eſſe, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patria poteſtate: tunc enim nepos neptiſve in locum patris ſui ſuccedit. Sed ſui quidem hæredes ideò appellantur, quia domeſtici hæredes ſunt, & vivo quoque patre quodammodò domini exiſtimantur. Unde etiam ſi quis inteſtatus moriatur, prima cauſa eſt in ſucceſſione liberorum. Neceſſarii verò ideò dicuntur, quia omnino, ſive velint, ſive nolint, tam ab inteſtato, quàm ex teſtamento, ex lege duodecim tabularum, hæredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abſtinere hæreditate, ut potiùs parentibus, quàm ipſorum bona, ſimiliter à creditoribus poſſideantur.*

NOTÆ.

2. *Qui in poteſtate morientis*] Ἐν τῇ ἐξουσίᾳ τοῦ τελευτῶντος. Th. atque hoc in liberis primi gradus perpetuum eſt: nam filius, qui in poteſtate eſt, non poteſt non eſſe ſuus hæres: in cæteris non item, ut mox ſequitur.

Non ſufficit in poteſtate, &c.] Ex his, qui in familia defuncti ſunt, ſuus hæres propriè eſt, quem nemo in ſuo ordine antecedit, *leg. 33. §. 1. de teſtament. mil. l. 6. de injuſt. rupt. §. 2. ſupr. de exh. lib.*

Aut qualibet] Eſt tamen caſus, quo is, qui tempore mortis avi ſervus hæres non erat, propter

Digitized by Google

pter præcedentem perſonam patris deſtituto av: teſtamento ſuus hæres avo ab inteſtato exiſtit, *v. §.7. & ſeq. inf. de hær. quæ ab int.*

Sed ſui quidem hæredes] Dicti autem ſui hæredes, quaſi ſibi ipſi hæredes, αὐτοκληρονόμοι, quod ad Phenicem ſuum eleganter accommodat Lactant. *Ipſa ſibi proles, ſuus eſt pater, & ſuus hæres.*

Vivo patre quodammodò domini] Ut in his non tam hæreditas fit, quàm dominii continuatio, *l.11. de lib. & poſt. §.3. inf. de hær. quæ ab int.* unde paſſim in comœdiis ſervi filios dominorum heros minores vocant, νεωτέρους δεσπότας, & Odyſſ. *b.* Telemachi ſubulcus dicitur, qui erat Ulyſſis; ſervus Abrahami Iſaacum dominum ſuum appellat, *c.24. Gen. verſ.65.*

Prima cauſa liberorum) Suorum ſcil. hæredum, *§.2. inf. de hær. qui ab int.* Hodie autem liberorum omnium, *Nov.118. c.1.*

Sive velint, ſive nolint] Neceſſitas hæc à jure patriæ poteſtatis, *l.4. de cond. & dem.* quæ & ipſa eſt ex lege decemvirali. Dion. Halicarn. *l.2.*

Prætor permittit volentibus abſtinere] Quo beneficio utentes hoc conſequuntur, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, *l.57. de acq. hæred.* Itaque vi ipſa prætor ex neceſſariis voluntarios fecit, non tamen extraneos, quia, quod ipſis commodum, ſui adhuc manent, *§. 3. inf. de hæred. quæ ab int.*

COMMENTARIUS.

1 *Plenius & planius, quàm vulgò, ſui hæredes deſcribuntur.*

2 *Verbum hoc, ſuus hæres, non eſſe populare & oratorium, ſed forenſe & diſciplinæ juris proprium; deque eo nonnulla non paſſim obvia.*

3 *Exponitur latiſſimè hujus nominis ratio.*

4 *Unde altera horum hæredum qualitas, nempè neceſſitas: & quid ea operetur.*

5 *Prætorem beneficio abſtinendi neceſſitatem ſuſtuliſſe, ſed ſalvo jure ſuitatis: & quem effectum ea res habeat.*

V*Eluti filius, filia, nepos, &c.*] Qui ſint & dicantur ſui hæredes, licèt non definitione aliqua, ſed exemplis hic declaretur, facilè ta-
1 men ex his, quæ traduntur, quivis per ſe brevem & explicandæ rei idoneam definitionem extruxerit. Nam ſi non alii ſui hæredes ſunt, quàm liberi defuncti & è liberis ſoli illi, qui in poteſtate morientis fuerint, atque ex his, qui in poteſtate fuerunt, ſoli, quos tempore mortis nemo in familia antecedebat; hæc inductio nos quaſi manu ducit ad hanc definitionem. Sui hæredes ſunt liberi defuncti, qui pro tempore quo is moritur, in poteſtate ejus ſunt, primum-
3 que ab eo locum in familia obtinent. Non eſt tamen hæc definitio modis omnibus abſoluta. Nihil in ea deſideraremus, ſi idem ſemper mortis tempus & delatæ hæreditatis eſſet: at hæc tempora non ſemper concurrunt: ex quo aliquando fit, ut qui, moriente eo de cujus ſucceſſione quæritur, ſuus hæres non erat, poſteà tamen ei ſuus hæres exiſtat. Planè neque ex teſtamento quiſquam ſuus hæres exiſtere pôteſt, niſi qui tempore mortis in familia teſtatoris proximus eſt, neq; ab inteſtato, ſi aut nullum teſtamentum factum proponatur, aut quod factum erat, vivo teſtatore ruptum, aut vitiatum: quippè in his caſibus aliud tempus, quo deferatur hæreditas, nullum eſt, quàm tempus mortis. At ſi proponas, patremfam. facto jure teſtamento, quod eo vivo infirmatum non ſit, deceſſiſſe, hic evenire poteſt, ut qui tempore mortis ſuus hæres non erat, poſteà ſuus hæres exiſtat, non utique ex iſto teſtamento, ſed eo deſtituto ab inteſtato: ut ecce, pater filio exhæredato extraneum hæredem inſtituit: deliberante hærede ſcripto filius moritur; mox ſcriptus omittit hæreditatem: nepos ex illo filio ſuſceptus avo ſuus hæres erit ab inteſtato. & hic tamen tempore mortis avi ſuus eſſe non potuit propter præcedentem perſonam patris, *l.7. unde lib. §. cum autem 7. & ſeq. inf. de hær. quæ ab int.* ubi hoc pluribus illuſtratur. Ut igitur perfecta ſit definitio, pro tempore mortis ponatur tempus delatæ hæreditatis, hoc modo: Suus hæres eſt, qui in poteſtate morientis fuit, & tempore delatæ hæreditatis in familia proximus eſt.

Aut qualibet alia ratione] Puta emancipatione aut deportatione. Nam ſi quis ex ſuis hæredibus qualibet ratione ſuus hæres eſſe deſierit, ſtatim liberi ejus gradum occupant, & ſuccedendo in ſui hæredis locum quaſi agnaſcendo fiunt avo, aut proavo ſui hæredes, *§.2. ſupr. de exhær. lib. §.2. inf. de hær. quæ ab int. l. Gallus 29. §. & videtur 12. cum ſeq. de lib. & poſth.* Enim verò hodie occupatio loci paterni atque in ſui hæredis locum ſucceſſio ex cauſa emancipationis nihil operatur quoad effectum ſuccedendi ab inteſtato, poſtquàm placuit, etiam filios emancipatos jure civili ad ſucceſſionem ab inteſtato admitti, atque in ea ſucceſſione præferri nepotibus ex ſe natis, licèt retentis in poteſtate avi, *Nov.118. cap.1.* Ex quo etiam intelligimus, hodie edictum *de conjung. cum emancip. lib.* inutile eſſe.

Sed ſui quidem hæredes] Nomen ſuorum hæredum ex jure civili deſcendit, *l. ult. de bon. damnat.* hoc eſt, ex lege duodecim tabularum, *l. liberorum 220. de verb. ſign. Ulp. tit.26.* eſtque verbum forenſe ac proprium Juriſconſultorum, non populare aut oratorium, de quo Hotom. *9. obſ.* 10. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt, relativum *ſuus* non eodem modo ac ſenſu propoſito apud
noſtros uſurpari, quo apud grammaticos & in 2
ſermone populi. Popularis locutio eſt, cum ea dictione, ut relativa & reciproca, ſic utimur, ut referatur & redeat ad eam perſonam, quæ præceſſit. Veluti cum noſtri dicunt, *Mulier ſuos filios in poteſtate non habet, l 5. C. de adopt. Pater agnovit ſuum partum, aut filium ſuum, l.1. §. Julian. 22. cum ſeqq. de agn. & al. lib. Gajus Sejus teſtamento*

nato·

uxorem ſuam hæredem inſtituit, *leg. Titia* 34. §. 3. *l. ultim. de legat.* 2. In his enim locutionibus vox *ſuus* ad præcedentem perſonam refertur, ſcil. ad matrem, ad Gajum Sejum. Atque hic uſus hujus vocis, quem pueri docentur in ſcholis, citato vulgato illo, *Rogat te Cæſar, ut ſuas partes ſequaris*. Ex eadem conſuetudine & more vulgari noſtri quoque loquuntur, cum utramque vocem, *hæres & ſuus*, conjungunt, ſed ita, ut *ſuus* ſequatur: veluti in his: *Teſtator à Titio hærede ſuo centum legavit. Titia ita fideicommiſit hæredis ſui. Stipulatus eſt ſibi hæredique ſuo, jure agere licere*, *l.* 2. §. *ult. de verb. obl. Si quis uti frui licere ſibi hæredique ſuo ſtipulatus ſit*, *l. ſtipulatio* 38. §. *ſed ſi* 12. *d. tit. Quintil. lib.* 5. *cap.* 16. *Quem quis hæredem ſuum eſſe voluit, charum habuit*. At cùm ex uſu juris peculiari loquuntur, verbum *ſuus* refertur ad eum ipſum, qui hæres eſt, & quod diligenter obſervandum, tunc perpetuò id verbum præcedit. Ut in his, *Mulier ſuum hæredem paritura eſt*, *l.* 31. §. 1. *de acquir. hæred. Fœmina ſuum hæredem non habet*, *l.* 4. §. 2. *contr. tab. Spes eſt ſuum hæredem defuncto exiſtere*, *l. pen.* §. *unde legit. Filius patri ſuus hæres eſt*, *l.* 45. §. 1. *de neg. geſt. Mortuo filio nepos ex eo fit avo ſuus hæres*, *l.* 13. *de injuſt. rupt.* cum ſexcentis ſimilibus. Et igitur cum dico, *Mulier ſuum hæredem non habet*, intelligor loqui ex uſu juris peculiari: cum ajo, *Sempronia hæredem ſuum rogavit, ut partem hæreditatis reſtituat Titio*, ex uſu communi. Rationem nominis mox audiemus.

Quia domeſtici hæredes ſunt] Theoph. οἰκεῖοι, eadem ferè ſignificatione, qua domeſticum teſtimonium, §. *in teſtib.* 9. *ſup. de teſt. ordin.* aut quaſi οἴκοθεν καὶ ἀφ' ἑαυτῶν ἔχοντες τὸ κληρονομεῖν. Οἰκογενεῖς, vernæ hæredes, qui non aliunde acciti, ſed domi nati ſunt. Ita & Plin. *Panegyr.* domeſticos hæredes opponit extraneis, eoſque ait bona, non ut aliena & ſperanda, ſed ut ſua ſemperque poſſeſſa, capere.

Et vivo patre quodammodò domini] Sui hæredes
3 ideò dicuntur, quia non alienam, ſed jam quodammodò ſuam hæreditatem accipiunt, & non magis alteri, quàm ſibimet ipſi hæredes ſunt: unde Græcis dicuntur αὐτοκληρονόμοι, quod eleganter ad Phœnicem ſuum Lactantius accommodat hoc verſu:

> *Ipſa ſibi proles, ſuus eſt pater, & ſuus hæres.*

Atque hoc nomine non magis poſt mortem patris appellantur, quàm eo adhuc vivo & ſuperſtite ἐκ τῆς ἀπόληψιν. & quod ſingulariter notandum, etiam vivo adhuc patre, dicuntur deſinere ſui hæredes eſſe, puta ſi capite minuti fuerint, *l.* 1. §. 4. *l.* 11. *de ſuis, & legit. l.* 13. *de injuſt. rup. l.* 29. §. 12. *& ſeq. de lib. & poſth.* nimirum ideò, quia vivente adhuc patre jam quaſi quodammodò domini, patrique ſocii, participes & cohæredes ſunt, teſtimonio non ſolùm noſtrorum Pauli, *l.* 11. *de lib. & poſth.* Juſtin. *hoc text. &* §. 3. *inf. de hær. quæ ab int.* verùm aliorum etiam ſcriptorum. Terent. *Heaut. Donec ſalvus redierit meus particeps.* Auſon.

> *Juſta quidem ſeries patri ſuccedere: verùm*
> *Eſſe ſimul dominos, gratior ordo piis.*

Unde paſſim in comœdiis ſervi filios dominorum heros minores νεωτέρους δεσπότας, vocant. Telemachi ſubulcus dicitur, qui erat Ulyſſis, *Odiſſ.* ρ. Servus Abrahami Iſaacum vocat dominum ſuum *Gen.* 24. *v.* 65. Atque hinc eſt, quòd patre mortuo non tam novam & alienam hæreditatem percipere exiſtimentur, quàm pleniorem & liberiorem veterum bonorum adminiſtrationem, ſtatimque à morte parentis quaſi continuatur dominium, *d. l.* 11. *de lib. & poſth.* quo fit, ut ubi ſuus hæres eſt, nunquam jacere hæreditas dicatur; nimirum quia nullum inter defuncti mortem & exiſtentiam ſui hæredis intervallum eſt, *l.* 1. §. *qui ſunt* 6. *ſi quis omiſſ. ca. teſt.* Ex eo item eſt, quod ſui hæredes ipſo jure hæredes exiſtant, citra ullum vel ſuum vel alterius factum, ſine aditione, ſine cretione, ſine geſtione pro hærede, *d.* §. 3. *inf. de hær. quæ ab int. l. in ſuis & leg.* adeòque ante apertas tabulas, *l.* 3. *C. de jur. del.* tametſi ignorent patrem deceſſiſſe: ac proinde etiam furioſi ſint, aut aliàs voluntate careant, *d.* §. 3. *l. furioſi* 63. *de acq. hær.* Cujus rei hic effectus, ut paternam hæreditatem, tanquam jam ſibi quæſitam, ad quoſcunque hæredes tranſmittant, *d. l.* 3. *C. de jur. delib.* Hinc denique eſt, quod cùm extranei dicantur *acquirere, adire, repudiare hæreditatem*, ſui dicuntur *hæredes exiſtere*, (quod Græci interpretantur ἀναφαίνεσθαι) *retinere, immiſcere, abſtinere*: quaſi qui rebus jam olim ſuis ut domini utantur, eaſve retineant aut derelinquant. Poſtremò ex his etiam liquet, cur ſui hæredes, ſi non inſtituantur, exhæredandi ſint, atque in his ſolis exhæredationem propriè dici, *l. quidam* 132. *de verb. obl. add. Hotom.* 9. *obſ.* 10.

Si quis inteſtatus] De hac re agimus *infr.* §. 2. *de hær. quæ ab int.* Diſertè autem ait *inteſtatus*: nam lex duodecim tabularum liberam civibus Romanis teſtandi facultatem conceſſit; cujus vi legis patri licuit filium quem in poteſtate habebat, exhæredare, aliumque ſibi hæredem facere. Sed & hoc ipſum, quod hic refert, ex jure civili eſt, & illo antiquo: quippè jure honorario poſteà etiam liberorum emancipatorum ratio haberi cœpta eſt, periudèque hi liberi ad bonorum poſſeſſionem & vi ipſa ad hæreditatem à prætore admiſſi, ac ſi capite minuti non fuiſſent, *l.* 6. §. 1. *de bon. poſſ.* §. *emancipati* 8. *infr. de hær. quæ ab int.* Hodie autem liberi emancipati, non minùs quàm ſui, etiam jure civili ab inteſtato ſuccedunt, *Novel.* 18. *c.* 1. quamquam in modo acquirendæ hæreditatis diverſitas manſit: de quo alibi.

*Neceſſarii ideò dicuntur, quia ſive velint, ſive
nolint*] Neceſſitas hæc à jure patriæ poteſtatis 4
eſt, *l.* 5. *de cond. & dem.* quæ ſimilis dominicæ fuit, ut oſtendimus *in* §. 2. *ſup. de pat. pot.* liberoſque hac in cauſa redigebat adinſtar ſervorum: unde

unde commune iis cum ſervis hæredibus à dominis inſtitutis nomen neceſſariorum hæredum, *l.22. de cond. inſt. l. neceſſariis 57. de acq. hær. & paſſim*. Licèt autem ſuitati cohæreat neceſſitas; eſt tamen diverſa qualitas à ſuitate. Ex eo, quòd quis ſuus eſt, ipſo jure hæres fit, bonaque paterna penes eum remanent: ex eo, quòd neceſſarius, ea retinere cogitur, creditoribuſque paternis, velit nolit, reſpondere, *d. l. neceſſariis*, quamquam hic etiam ſuum confert ſuitas. In ſuitate jus liberorum magis, in neceſſitate ſolius patris vertitur; cui ob id liberum fuit neceſſitatem hanc remittere, atque ex neceſſario hærede facere voluntarium, *d.l.12. de cond. inſt. leg. jam dubitari 86. de hær. inſt.* Neque unquam pater dicitur ſuum ſibi hæredem facere, ſed benè neceſſarium: & eum impuberi filio fratrem neceſſarium hæredem facit, ſuum tamen hæredem non facit, ut rectè Govean. *ad l.2. §.5. num.35. & in l.10. §.1. num.2. de vulgar. & pupil.* contra Bart.

Prætor permittit volentibus abſtinere hæreditate] Cùm quæſitæ hæreditatis hæc vis ſit, ut nos obliget æri alieno, licèt ſolvendo non ſit, *l. 8. de acq. hær.* ſuiſque hæredibus ipſo jure acquiratur hæreditas, conſequens quidem eſt, ut creditoribus hæreditariis reſpondere teneantur, quamvis bona paterna non ſufficiant, iiſque ſe bonis abſtinere parati ſint: humanitas tamen hic poſtulare videbatur, ut eo onere, qui id non ſpontè ſuſcepiſſent, liberarentur. Verùm tantum abeſt, ut jus civile iis ſubvenerit, ut eodem jure etiam neceſſitas iſta comparata ſit & annexa ſuitati. Et quid mirum, ſi lex, quem occidere patri permittebat, eumdem neceſſarium hæredem patri fecerit, aut permiſerit patrem ſibi facere? Cæterùm acerbitatem juris civilis prætor mitigavit data ſuis, & neceſſariis hæredibus poteſtate abſtinendi: quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc conſequuntur, ut neceſſitate ſubeundorum onerum hæreditariorum non adſtringantur, *d. l. neceſſariis de acq. hær.* Ex eo autem, quòd prætor hic dicitur, liberis neceſſariis hæredibus volentibus poteſtatem facere abſtinendi hæreditate, & alibi eos liberare oneribus hæreditariis, ſi velint derelinquere hæreditatem, *d. l. neceſſariis*, rectè colligitur, prætorem ex neceſſariis vi ipſa feciſſe voluntarios, quamquam non extraneos: neceſſitatem tantùm à prætore ſublatam, non ſuitatem: quippè cujus maxima pars ad utilitatem liberorum pertinet, quibus prodeſſe, non nocere prætori propoſitum fuit, *l.12. de vulg. & pup.* Quamobrem etiamnum & ipſo jure, & ignorantes hæredes fiunt, & obligantur creditoribus hæreditariis, *§.3. inſ. de hær. quæ ab int. l.2. de cond. furt. dict. l. neceſſariis*, quamvis reſpectu beneficii prætorii, quo fit, ut in eos actio non detur, idem jus habere dicantur, quod futurum eſſet, ſi liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberetur, *l. nam nec. 89. de leg. 1.* Manebit igitur adhuc idem ſuitatis effectus, quem ſupra indicavi, ut filius deceſſerit, cùm vel ignoraret patrem mortuum eſſe, vel ſciret quidem, ſed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, utpotè ipſo jure ſibi jam quæſitam, ad hæredes quoslibet tranſmittat. Rectène dicatur, jus ſuitatis tolli per exhæredationem, ut vulgarem ſubſtitutionem; alibi diſputavimus. Clariùs verò adhuc apparet, ſuitatem non eſſe ſublatam à prætore ex eo, quod etiam poſt abſtentionem nudum illud nomen hæredis non eſt ſine effectu: nam & ſola ſui hæredis exiſtentia confirmat tabulas pupillares, ut docuimus ſupra ſub *pr. de pup. ſubſt.* & libertates ſuſtinet, *l. cum quaſi 30. §. ſed etſi 10. de fid. lib.* quo loco diſertè pro ratione hoc affert Juriſconſultus, *quod non ſit ſine hærede, qui ſuum hæredem, licèt ſe abſtinentem, habet*: & operatur confirmationem fideicommiſſi, ut reſtituta hæreditate ex Senatuſconſulto Trebell. tranſeant actiones, *l. ita tamen 27. §.3. ad Sen. Treb.* Poſtremò inde eſt, quòd hæreditas pupilli, quantumvis abſtinentis, poteſtate juris civilis cum hæreditate patris confuſa cenſetur, *l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poſſ.* licèt hoc caſu ſubſtitutus pupilli ſeparationem bonorum patris & filii petere poſſit ex ſententia Marcelli, probata ab Ulpiano *l. Julianus 42. de acq. hær.*

Ut potiùs parentis, quam ipſorum bona] Species ignominiæ eſt, bona alicujus à creditoribus propter æs alienum poſſideri aut publicè diſtrahi. Itaque ne id fiat, etiam mortuorum intereſt: atque ob eam cauſam placuit, non minùs ignominiam iſtam, quàm hæreditatem, ſervis relinqui poſſe: nec cauſam prætor habuit, cur ſervo neceſſario hæredi poteſtatem daret abſtinendi, *d. l. neceſſariis, §. ult. de acq. hær.* qui tamen liberorum pudori ac famę parcendum exiſtimavit, *leg. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poſſ.* hoc eſt, ſatius putavit, ut ex duobus, qui pari conditione ſunt, potiùs patris defuncti nomine, quàm filii viventis, non ſentientis, quàm ſentientis, ſe hac affici injuria, bona poſſideantur aut divendantur.

TEXTUS.

De Extraneis.

3 *Cæteri, qui teſtatoris juri ſubjecti non ſunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi noſtri, qui in poteſtate noſtra non ſunt, heredes à nobis inſtituti, extranei heredes nobis videntur. Qua de cauſa & qui heredes à matre inſtituuntur, eodem numero ſunt: quia fœminæ in poteſtate liberos non habent. Servus quoque heres à domino inſtitutus, & poſt factum teſtamentum ab eo manumiſſus, eodem numero habetur.*

No-

Digitized by Google

NOTÆ.

3. *Hæredes à matre*] Sicut fœmina liberos in poteſtate non habet, ita nec ſuos hæredes habere poteſt, *l. 4. §. 2. cont. tab.* Multò magis huc pertinent parentes, fratres, &c. Et ſic quidem ad diſcretionem ſuorum hæredum. Nam aliàs omnes legitimi & honorarii ſucceſſores ab extraneis rectè ſecernuntur.

Eodem numero] Extraneorum videlicet: quoniam utrumque ex defuncti teſtamento conſecutus non eſt, libertatem ſcil. & hæreditatem, §. 1. *ſup. de hær. inſt.*

COMMENTARIUS.

1 *Extranei hæredes quotuplici ſenſu dicantur.*

SEquitur tertium genus hæredum, extranei, qui iidem & voluntarii hæredes dicuntur, propterea quòd his hæreditas voluntate acquiritur, ut ſi velint, liceat ſuſcipere, §. *ult. in eod.* ſi nolint, non cogantur, *l. nec emere 16. C. de jur. del.* eaque appellatione commodiùs in diſtributione neceſſariis oppoſiti fuiſſent, ut initio monuimus. Sunt autem extranei ſeu voluntarii hæredes, in liberis hominibus omnes, qui non ſunt ſui & domeſtici, ac proinde qui ad hæreditatem ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato vocati in poteſtate morientis non fuerunt, aut non proximo in familia gradu: ex ſervis, qui utrumque ex domini teſtamento non conſequuntur, libertatem ſcil. & hæreditatem, §. 1. *ſupr. de hær. inſt. & hoc textu in fin.*

Qui in poteſtate noſtra non ſunt] Liberos intelligit emancipatos, quos conſtat per emancipationem è familia exire, & extraneos nobis fieri, *l. quin etiam 55. de rit. nupt.* Itaque ſive hæredes à patre inſtituti ſint, ſive ab inteſtato ad bonorum poſſeſſionem à prætore vocentur, non efficiuntur ipſo jure hæredes aut bonorum poſſeſſores: ſed ſua voluntate aut hæreditatem adeundo, aut bonorum poſſeſſionem agnoſcendo. Sed & hodie etſi jure civili quoque ab inteſtato ſuccedunt, *Nov. 118. cap. 1.* non aliter tamen, quàm ſi voluerint, & adierint hæreditatem, hæredes fiunt, ut ex communi ſententia hîc notat Vveſemb. & ſuo tempore à nobis confirmabitur.

Qui hæredes à matre inſtituuntur] Quemadmodum fœmina liberos in poteſtate non habet, ita nec ſuos hæredes habere poteſt, *l. 4. §. 2. cont. tab.* Huc igitur multò magis pertinent parentes & fratres. Illud ſingulare eſt, quod frater impuberi fratri à patre ſubſtitutus neceſſarius fratri
1 hæres fit. Etenim patri conceſſum eſt, quos ſibi facit neceſſarios, eoſdem & filio facere, *l. 2. §. prius 4. in fin. l. 10. §. 1. de vulg. & pup. l. Julian. 42. de acq. hær.* Suum tamen hæredem hunc fratri non fieri, contra Bart. probat Govean. *in d. l. 2. §. 4. & 5.* Omittendum verò hîc non eſt, verbo extraneorum hæredum non ſemper intelligi omnes, qui ſunt voluntarii, aut omnes deſignari, qui non ſunt ſui. Nam & filius emancipatus ab extraneis diſcernitur, *l. filiusfam. 114. §. ſed & ſi 16. de legat. 1. l. peto 69. §. pen. & ult. de leg. 2.* atque in *l. unic. C. de impon. lucrat. deſcrip.* Appellatione extraneorum ſignificantur ſoli, qui in numero deſcendentium non ſunt; & patrono legitimo hæredi extraneus opponi videtur *in l. libertus 36. de bon. lib.* Sanè cum de jure ſuccedendi ab inteſtato quæritur, pro extraneis ſimpliciter habendi non ſunt, qui præteriti aut exhæredati, jure civili aut prætorio teſtamentum reſcindere poſſunt. Quo in genere ſunt liberi emancipati, quibus & exhæredatis querela de inofficioſo, & præteritis bonorum poſſeſſio contra tabulas datur, ac jure noviſſimo etiam ſucceſſio ab inteſtato unà cum ſuis hæredibus defertur. Item liberi, qui nunquam in poteſtate fuerunt; qui & ipſi exhæredati matris aut avi materni teſtamentum inofficioſum dicere poſſunt. Quibus accedit, quòd ex conſtitutione Theodoſii liberi omnes à parentibus inſtituti hæreditatem etiam non aditam, & ante apertas tabulas morientes, tranſmittant ad eos, qui ex ſe deſcendunt, *l. un. C. de his qui ante ap. tab.* qui effectus quidam eſt ſuitatis: & ſui hoc amplius tantùm habent, quòd hæreditatem ignorantes tranſmittunt ad hæredes quoſvis. Sed neque parentes prorſus extranei hæredes habendi, cùm & ipſis præteritis querela inofficioſi competat. Quinetiam omnes, qui ab inteſtato ſive à lege, ſive à prætore ad ſucceſſionem vocantur, ſuo ſenſu poſſunt dici non extranei, nimirum ad differentiam eorum qui ab inteſtato venire non poſſunt: eoque ſenſu Gajus *lib. 2. tit. 3. in fin.* extraneos hæredes definit, qui nullo propinquitatis gradu teſtatori junguntur; quamvis inſcitè eo loco, ubi extraneos & ſuos invicem in dividendo opponit. Ex his verò intelligi poteſt, quid ſibi velit Baldus *in l. 9. col. 12. 3. opp. C. de collat.* cum ait, extraneum dici tripliciter, à ſuitate, à filiatione & à cognatione.

TEXTUS.

De teſtamenti factione.

4. *In extraneis heredibus illud obſervatur, ut ſit cum eis teſtamenti factio, ſive heredes ipſi inſtituantur, ſive ii, qui in poteſtate eorum ſunt. Et id duobus temporibus inſpicitur: teſtamenti quidem facti tempore, ut conſtiterit inſtitutio: mortis verò teſtatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius & cum adit hereditatem, eſſe debet cum eo teſtamenti factio, ſive purè ſive ſub conditione heres inſtitutus ſit. Nam jus heredis eo maximè tempore inſpiciendum eſt, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum teſtamentum, & mortem teſtatoris, conditionem inſtitutionis*

exi-

Digitized by Google

exiſtentem, mutatio juris non nocet heredi: quia, ut diximus, tria tempera inſpici debent: Teſtamenti autem factionem non ſolùm is habere videtur, qui teſtamentum facere poteſt: ſed etiam qui ex alieno teſtamento vel ipſe capere poteſt, vel alii acquirere. Et ideò furioſus, & mutus, & poſthumus, & infans, & filiusfamilias, & ſervus alienus, teſtamenti factionem habere dicuntur. Licèt enim teſtamentum facere non poſſunt: attamen ex teſtamente vel ſibi vel alii acquirere poſſunt.

Notæ.

4. *In extraneis*] Ex Florent. *leg.* 49. §. 1. *de hæred. inſt.* Ait *in extraneis*, quia in ſuis hæredibus vix eſt, ut locus ſit quæſtioni de capacitate.

Qui in poteſtate eorum] Ratio eſt, quoniam inſtitutio ſervorum, qui per ſe ſunt incapaces, ſuſtinetur ex perſona domini, quo cum teſtamenti factio eſt, *l.* 1. *d. t.*

Teſtamenti facti tempore] Hoc tempus neceſſariò inſpiciendum, ut ab initio conſiſtat inſtitutio. Propter regulam Catonianam, *tot. tit. de reg. Cat.*

Vt effectum habeat] Id eſt, ut dies ejus utiliter cedat: quod fit, ſi quis ſit mortis tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, & qui eam adeundo poſſit conſequi, *l.* 52. *de leg.* 2.

Et cum adit hæreditatem] Ita & Flor. *d. l.* 49. §. 1. Cæterùm non ſufficit hoc tempore capacem eſſe, ſi qua mutatio juris hæredi contigerit poſt mortem teſtatoris aut conditionis eventum.

Non ſolùm, qui teſtamentum facere, &c.] *l.* 16. *qui teſt. fac.* unde interp. teſtamenti factionem dividunt in activam & paſſivam. Propriè tamen illi ſoli teſtamenti factionem habere dicuntur, quibus teſtamenti faciendi jus eſt, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 19. *h. t. cum ſimil.* cum aliis rectiùs & uſitatiùs dicitur eſſe teſtamenti factio, §. 6. *ſup. de teſt. ord.* §. 24. *inf. tit. ſeq. l.* 31. *de hær. inſt.*

Commentarius.

1 *In ſucceſſione ab inteſtato de capacitate hæredum diverſis temporibus ſpectanda quæri non poſſe; de qualitate poſſe.*

2 *Quid in ſucceſſione ex teſtamento circa ſuos hæredes.*

3 *Notatur & refellitur inſignis error Vveſembecii.*

4 *Cum de capacitate inſpicienda quæritur, nihil intereſſe, domini an eorum ſervi inſtituti ſint.*

5 *Non ſatis ſubtiliter tempus adeundæ hæreditatis in conſideranda capacitate hæredis conſtitui terminum diſtinctum à tempore mortis,*

6 *Probatur invictis rationibus, tempus adeundæ hæreditatis neque in pura inſtitutione tertium, neque in conditionali quartum terminum conſtituere.*

7 *In pura inſtitutione ut duo ſunt extrema, ita unum tantùm eſſe medium tempus, quod non noceat: in conditionali uti extrema tria; ita duo tantùm media.*

Expoſitis generibus, & differentis hæredum pergit ad id, cujus cognoſcendi cauſa differentiæ illæ præcipuè traditæ fuerunt, videlicet ad ipſam hæreditatis jure delatæ acquiſitionem: & quia in extraneis hæredibus (in aliis enim, ut mox oſtendemus, diſputatio propoſita inepta eſt) ad acquirendam hæreditatem neceſſariò requiritur, ut ſint hæreditatis capaces; meritò primum docet, quibus temporibus capacitas illa inſpicienda ſit, ut hæreditatem ſibi delatam obtinere poſſint. Qua de re ut habeamus, quod certò ſtatuere liceat, primùm diſtinguendum eſt inter ſucceſſionem ab inteſtato & ſucceſſionem ex teſtamento: deinde inter qualitatem 1
hæredis & ejuſdem capacitatem. In ſucceſſione ab inteſtato de capacitate hæredum diverſis temporibus ſpectanda diſputari non poteſt; cùm nemo ad ſucceſſionem ab inteſtato vocetur, qui non ſit capax tempore mortis ejus, de cujus hæreditate agitur. De qualitate autem quæri poteſt, puta quo tempore ſpectandum, an quis ſuus ſit, aut proximus agnatus. Placuit autem, in eo inſpici tempus delatæ hæreditatis; quod tempus plerumque quidem idem eſt cum tempore mortis, ſed tamen non ſemper, §. *cum autem* 7. *infr. de hæred. quæ ab int.* §. *proximus* 6. *infr. de leg. agnat. ſucc.* quibus locis diligenter hoc à nobis exponitur. In ſucceſſione ex teſtamento in ſuis hæredibus vix eſt, ut locus ſit quæſtioni de capacitate, cùm non poſſit non eſſe cum ſuo hærede teſtamenti factio. Cæterùm quod ad quali- 4
tatem, hoc eſt, ſuitatem pertinet, quæri poteſt, utrùm neceſſe ſit eos utroque tempore ſuos eſſe & teſtamenti facti & mortis teſtatoris; an ſatis ſit, tales fuiſſe ſaltem altero, id eſt, tempore mortis. Sed verius eſt, ſufficere, tales eſſe tempore mortis, etſi tempore teſtamenti non fuerint, *per leg. ſi quis* 18. *de injuſt. rupt. leg.* 23. §. 1. *de lib. & poſth.* ut tamen & teſtamenti tempore capaces fuerint, omninò neceſſe eſt: alioqui Catoniana regula impedietur inſtitutio. Notandus autem hic eſt inſignis error Vveſembecii, qui ſcribit, non fuiſſe neceſſe, ut de ſuis & neceſſariis eadem moneremur, propterea quòd ex perſona teſtatoris teſtamenti factionem habeant. 3
Quis enim unquam fando audivit, quemquam habere teſtamenti factionem ex perſona teſtatoris? cum ſervo teſtamenti factio eſt ex perſona domini, & ſuſtinetur ſervi alieni inſtitutio, ſi cum domino teſtamenti factio eſt, quaſi ipſe dominus mediatè per ſervum inſtitutus eſſet, *leg. non minus* 31. *de hæred. inſt. l.* 10. §. 1. *de acquir. rerum domin.* Sed hoc ad ſervum neceſſarium hæredem qui applicari poteſt? aut qui

po-

poteſt domini perſona accommodari ſervo, ubi idem dominus eſt & teſtator? Sed valet hic inſtitutio ex perſona ipſius hæredis, quatenus conſideratur ut jam liber & civis Romanus, quo tempore teſtamento deferri incipit hæreditas. Dicere verò, filiumfam. hæredem inſtitutum aliunde perſonam mutuari, ſive ab extero hæres inſtitutus ſit, ſive à patre, intolerabile eſt. Ut ad rem redeam, tota ferè quæſtio de inſpicienda diverſis temporibus capacitate, ad extraneos hæredes, eoſque teſtamento inſtitutos, pertinet; quemadmodum etiam hic de extraneis hæredibus propoſita eſt ex Florentino *l. ſi alienam* 49. §. 1. *de hæred. inſ.* Quàm rectè dicatur, & quam rationem habeat, quòd tria tempora hic obſerventur, tempus facti teſtamenti, mortis teſtatoris, & hæreditatis adeundæ, ex progreſſu liquebit.

Sive ii qui in poteſtate eorum ſunt] Cùm extranei hæredes alias capaces ſint, aliàs incapaces, & eorum, qui ſunt capaces, non minùs servi, quàm illi ipſi hæredes inſtitui poſſint: quæri poterat, an quibus temporibus capacitas eorum
4 ſpectatur, cum ipſi hæredes inſtituti ſunt; iiſdem etiam eadem ſpectetur, cum inſtituti ſunt eorum ſervi. Ait autem Imp. hic poſt Florent. *dict. leg. ſi alienum* §. 1. nihil in propoſito intereſſe, utrùm ipſi domini hæredes inſtituti ſint, an ſervi eorum. Et rectè; nam cùm ſervorum, qui ipſi per ſe incapaces ſunt, inſtitutio ſuſtineatur ex perſona domini, quocum teſtamenti factio eſt *leg. non minus* 31. *de hæred. inſt. l.* 12. §. 2. *de legat.* 1. conſequens omninò eſt, teſtamenti factionem iiſdem temporibus cum domino eſſe oportere, ſervo ejus hærede inſtituto, quibus oporteret, ſi ipſe hæres inſtitutus eſſet: proindè & facti teſtamenti tempore & mortis teſtatoris. Huic tamen parti contradicere videtur Terentius Clemens *l. ſi ſervus* 82. *de acq. hær.* Ait enim, ſervum ejus, qui capere non poteſt, & hæredem inſtitui poſſe, & eum ipſum, ſi, antequàm juſſu domini adeat, manumiſſus ſit, ad hæreditatem admitti. Verùm ut totus iſte locus & loci inſcriptio oſtendunt, non loquitur Clemens de ſervo ejus, qui omninò non eſt capax, aut cum quo ſimpliciter non eſt teſtamenti factio, qualis eſt peregrinus aut deportatus; (nam & hunc nihil prohibet ſervum habere, *l. 7. de legat.* 3.] ſed de ſervo ejus, cum quo quidem ut cive Romano teſtamenti factio eſt; ſed qui capere non poteſt ex ejus teſtamento, qui ſervum inſtituiſſe proponebatur. Erant enim inter cives, qui ex quorumdam teſtamentis aut nihil aut partem tantùm capere poterant, ut cœlibes, orbi, *vid. ſup. pr. de hær. inſt.* aliter reſpondet Cujac. *ad d. l. ſi alienum* §. 1. *de hær. inſt.*

Duobus temporibus, teſtamenti facti, & mortis teſtatoris] Mox tamen adjicit & tertium tempus, ſcilicet quo adeunda hæreditas: uti & Juriſconſultus *d. l. ſi alienum*. §. 1. De quo, temporibus teſtamenti & mortis teſtatoris, res expedita eſt. Nam teſtamenti tempus ideò neceſſariò inſpiciendum eſt, ut conſiſtat inſtitutio, nimirùm propter regulam Catonianam, quæ initium ſpectari vult, nec patitur, inſtitutionem, quæ ab initio non valuit, ex poſtfacto convaleſcere, *tot. tit. de reg. Caton.* Mortis verò ideò, ut effectum habeat inſtitutio; hoc eſt, ut dies ejus utiliter cedat. Quod fit, ſi quis ſit eo tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, quique eam adeundo ſibi acquirere poſſit, *leg. non oportet* 52. *de legat.* 2. Quòd verò duobus iſtis temporibus Imp. & Juriſconſul. *d. l. ſi alienum*, §. 1. tertium adjungunt, tempus ſcilicet 5
adeundæ hæreditatis, eoque tempore non minùs quàm ſuperioribus, atque ut diſtincto à tempore mortis, capacitatem hæredis inſpiciendam ajunt, idque ſive purè, ſive ſub conditione inſtitutus ſit, ſatiſne ſubtiliter aut conſideratè ab iis dicatur, meritò dubitaveris. Mihi enim, ut dicam, quod ſentio, Juriſconſultus, cujus verba deſcripſit Tribonianus, non ſatis cautè eo loco locutus videtur neque id temerè à me dictum mox fatebere.

Hoc amplius & cum adit hæreditatem, &c. ſive purè, ſive ſub conditione inſtitutus ſit] Ita quoque Juriſconſultus in *d. l. ſi alienum*, §. 1. nimirum ergo Imp. & Juriſconſultus hoc ajunt, præter priora duo tempora, teſtamenti ſc. & mortis teſtatoris, etiam adeundæ hæreditatis tempus circa capacitatem hæredis ſpectari, ſive purè, ſive ſub conditione inſtituti. Mihi verò hoc inconſideratiùs dictum videtur, & ſive pura ſit inſtitutio, ſive conditionalis, tempus adeundæ hæreditatis in conſideranda capacitate hæredis non benè conſtitui terminum diſtinctum à tempore 6
mortis aut conditionis exiſtentis. Primùm enim ubi pura inſtitutio eſt, nego plura tempora in propoſito ſpectari, quàm duo illa, teſtamenti facti & mortis teſtatoris: tempus autem adeundæ hæreditatis à tempore mortis ajo diſtingui non oportere. Quod ſic demonſtro: Hæres purè inſtitutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, fruſtra quæritur de ejus capacitate tempore aditionis hæreditatis, cum qui capax non eſt tempore mortis, & ſi poſteà capax fiat, hæreditatem acquirere non poſſit: quod ipſum etiam hoc loco & *dict. leg. ſi alienum*, §. 1. apertè ſignificatur, cum ad hoc ut effectum habeat inſtitutio, requiritur, ut inſtitutus capax ſit tempore mortis: neque ratio juris aliud patitur, ſecundùm quàm conſtat, tempus aditionis cum tempore mortis conjungi, *l. hæres* 54. *de acq. hæred. l. omnia* 193. *de reg. jur.* Si eſt capax, & deinde hæreditate nondum adita incapax factus, poſt aliquantò in priſtinam cauſam reſtitutus ſit; hic quidem temporis adeundæ hæreditatis tanquam tertii extremi ratio aliqua haberi poterat; cæterum non haberi, ac ne ſic quidem hæreditatem inſtituto acquiri poſſe, ex eo evincitur, quòd in pura inſtitutione unum tantùm tempus intermedium eſt, quo hæredi mutatio juris non noceat, tempus ſcilicet, quod intercedit inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris: ex quo porrò hoc ſequitur, in pura inſtitutione duo tantùm eſſe extrema,

quæ

Digitized by Google

quæ circa capacitatem hæredis conſiderentur, tempus teſtamenti conditi, & mortis teſtatoris Per hunc *text. verſ. medio autem*, *& d. l. ſi alienum*, §. 1. *verſ. eod.* Denique certum eſt, non tantùm mortuo hærede inſtituto, ſed etiam eo deportato aut ſervo facto ante aditam hæreditatem, ſtatim locum fieri ſubſtitutis aut hæredibus ab inteſtato, *l. Gallus 29. §. & quid 5. de lib. & poſth. l. 3. §. 1. de his quæ pro non ſcript.* Sed nec in cōditionali inſtitutione rectè dicitur, circa capacitatem hæredis inſpici tempus aditionis; ſed præter duo priora inſpicitur etiam tempus exiſtentis conditionis, ita ut tria quidem hìc ſint extrema, ſed præter tempus teſtamenti & mortis, tum inſpicitur exiſtentia conditionis, non etiam tempus adeundæ hæreditatis: alioqui enim dicendum foret, quod inauditum eſt, in conditionali inſtitutione quatuor tempora diſtinctè conſideranda eſſe, teſtamenti, mortis, conditionis exiſtentis, & quo aditur hæreditas: ſiquidem conditio exiſtens hæredem ſcriptum jure hæredem non facit; ſed tantùm inſtitutionem purificat, ut ad acquirendam extraneo hæreditatem nihilominus adhuc opus ſit aditione. Quid quod nec Imperator ipſe aut Juriſconſultus *dict. loc.* plura tempora in conditionali inſtitutione agnoſcunt, quàm tria iſta, quæ diximus? ajunt enim, medio tempore inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris, vel conditionem inſtitutionis exiſtentem, mutationem juris non nocere hæredi. Quòd ſi tempus adeundæ hæreditatis quoque eodem modo ſpectaretur, addere debebant, æquè medio tempore inter conditionem exiſtentem, & aditionem hæreditatis, mutationem juris hæredi non obeſſe. Effectum igitur eſt, tempus aditionis hæreditatis neque in pura inſtitutione conſtituere terminum tertium, neque in conditionali quartum: ac proindè parum conſideratè tempus illud hoc loco confertur cum prioribus. Et omnino exiſtimo, eò, quòd hic traditur de inſpicienda capacitate hæredis etiam quo tempore de adeunda hæreditate agitur, nihil aliud ſignificari, quàm eum, qui iſto tempore capax non eſt, licèt cæteris temporibus capax fuerit, hæreditatem adeundo acquirere non poſſe: & quamvis hæc monitio pœnè inepta videatur, cùm contradictoria ſint, incapacem eſſe, & poſſe acquirere hæreditatem: tamen non alium illorum verborum ſenſum eſſe patet ex eo, quòd cum de extremis agitur & intermediis, quæ non nocent, temporibus, tempus adeundæ hæreditatis inter ea extrema non agnoſcitur, utpote quo capacem eſſe hæredi nihil proſit, ſi aliquando aut poſt mortem teſtatoris aut poſt conditionis exiſtentiam incapax fuerit.

Medio tempore inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris, vel conditionem] Hic expreſſa
7 habeamus tempora omnia, & quæ conſiderantur ut extrema, & quæ inſuper habentur ut intermedia. In pura inſtitutione extrema duo ſunt, teſtamenti & mortis teſtatoris; medium unum, quod inter duo iſta interjectum eſt. In inſtitutione conditionali extrema tria; nam tertium in ea facit exiſtentia conditionis: media, quæ non nocent, duo. Quippè ſecundùm medium in ea eſt, quod intercedit inter mortem teſtatoris & conditionem inſtitutionis exiſtentem. Præter hæc neque aliud extremum, neque intermedium numeratur. Unde apparet, verba, quæ ſequuntur, *quia, ut diximus, tria tempora inſpici debent*, eadem, qua ſupra, inconſiderantia prolata eſſe, & vel non attento tempore conditionis exiſtentis, vel duobus temporibus, mortis & exiſtentis conditionis, pro uno computatis, fortè quòd poſterius retrotrahitur, & conjungitur cum priore. Illud nullam rationem habet, quod Jo. Faber contendit, in conditionali inſtitutione non eſſe neceſſe, ut hæres capax ſit tempore mortis teſtatoris. Nam ſi tempore teſtamenti facti id exigitur, fortiore ratione idem exigetur tempore mortis, quoniam morte teſtamentum confirmatum magis principale habendum eſt; & jam dictum eſt, tempus conditionis exiſtentis retrotrahi ad tempus mortis & cum eo conjungi, uti & tempus aditæ hæreditatis; atqui hoc fieri non poteſt, ſi tempore mortis cum hærede non fuerit teſtamenti factio. Itaque nullius momenti eſt argumentum Fabri quòd tantùm facit in conditionali inſtitutione tempus exiſtentis conditionis, quantùm in pura tempus mortis. Nam etſi ex conditionali inſtitutione non defertur hæreditas tempore mortis, ſed demum exiſtente conditione; quàm ob cauſam etiam in capacitate hæredis inſpicienda illius temporis ratio habetur: nihilominùs tamen & tempus mortis in eodem negotio ſpectandum eſt: quia exiſtente conditione ad id tempus ſtatim recurritur, & perindè habetur, ac ſi purè inſtitutio facta eſſet: nec verò ob aliam cauſam inſtitutio conditionalis ſuſtinetur, quàm quod conditione quandoque exiſtente eventus ejus ad tempus mortis retrotrahitur, & pro eo res habetur, ac ſi purè hæreditas relicta ſit. De quo ex profeſſo *ſupr. §. hæres 9. de hær. inſt.* Sed & apertè ſatis hoc ipſum ſignificat Juſtinianus, cum ait, tria tempora inſpici debere: hoc enim tam de conditionali, quàm pura inſtitutione dici palam eſt. At ex tribus iſtis temporibus unum eſt tempus mortis: refert enim ſe ad tria illa, quæ ante enumeraverat: ut verò extrema habilia ſint neceſſe eſt. Hæc pleriſque aut ignota, aut intacta, ut Viglio, Mynſ. Hotoman. Vveſemb. &c.

Ex alieno teſtamento capere] Teſtamenti factione duplex jus continetur, faciendi teſtamentum, & ex teſtamento capiendi. Hinc vulgò DD. teſtamenti factionem dividunt in activam & paſſivam. Quamvis enim propriè is ſolus teſtamenti factionem habere dicatur, cui teſtamenti faciendi jus eſt: videmus tamen, noſtros aliquando pinguiùs ita loqui, ut eos quoque dicant teſtamenti factionem habere, qui tantùm capere ex teſtamento poſſunt, *l. filiusfam. 16. qui teſt. fac. l. ult. pro hæred.* cum quibus eſſe teſtamenti fa-

ti fa-

Digitized by Google

ti factio rectiùs dicitur & uſitatiùs, ut alibi oſtendimus.

Furioſus] Marcellus *d. l. filiusfam.16. §. 1. qui teſt.fac.* ſcribit, furioſum ideò teſtamenti factionem habere, quia poteſt ſibi acquirere legatum vel fideicommiſſum. Non addit, hæreditatem: quoniam eam hæres ſcriptus, donec reſipiſcat, nec ſibi nec alii acquirere poteſt, extra quam ſi patri neceſſarius hæres exiſtat, *l. furioſus 63. de acq. hær.* Planè curator furioſi bonorum poſſeſſionem ejus nomine agnoſcere poteſt, *l. ultim. §. ſi autem 3. C. de cur. fur. l. 1. de bon. poſſ. fur. infans. &c.*

TEXTUS.

De jure deliberandi, & de beneficio inventarii.

5 *Extraneis autem heredibus deliberandi poteſtas eſt de adeunda hereditate, vel non adeunda. Sed ſive is, cui abſtinendi poteſtas eſt, immiſcuerit ſe bonis hereditatis; ſive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, poſteà relinquenda hereditatis facultatem non habet niſi minor ſit* XXV. *annis. Nam hujuſmodi ætatis hominibus, ſicut in cæteris omnibus cauſis, deceptis, ita & ſi temerè damnoſam hereditatem ſuſceperint, prætor ſuccurrit. Sciendum eſt tamen, divum Hadrianum etiam majori* XXV. *annis veniam dediſſe, cùm poſt aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emerſiſſet. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam, ſpeciali beneficio præſtitit. Divus autem Gordianus poſteà militibus tantummodò hoc conceſſit. Sed noſtra benevolentia commune omnibus ſubjectis imperio noſtro hoc beneficium præſtitit; & conſtitutionem tam æquiſſimam, quàm nobiliſſimam ſcripſit, cujus tenorem ſi obſervaverint homines, licet eis adire hereditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hereditatis contingit: ut ex hac cauſa neq; deliberationis auxilium ſit eis neceſſarium, niſi omiſſa obſervatione noſtræ conſtitutionis, & deliberandum exiſtimaverint, & ſeſe veteri gravamini aditionis ſupponere maluerint.*

NOTÆ.

5. *Extraneis heredibus*] Ex Florent. *l. 47. §. 1. de hær. inſt.* Ait *extraneis*, quia deliberatio extraneorum hæredum propria eſt. Cæterùm poſtquàm ſuis hæredibus à prætore conceſſa facultas abſtinendi, etiam deliberandi eis data, *l. 8. & ſeq. de jur. del. 19. C. eod.*

Deliberandi poteſtas] Si creditores, legatarii, &c. non urgeant, poteſt hæres vel intra 30. annos adire: ſi inſtent, aut ſtatim adire debet, aut tempus ad deliberandum petere, *l. 9. C. eod.* ut interim inſtrumenta hæreditaria, & rationes defuncti inſpiciat, *l. 5. D. eod. l. 28. de acq. hær.* à Principe annus conceditur, à judicibus novem menſes, *l. ult. §. 13. C. d. tit.* olim id fuit arbitrarium *l. 1. §. 2. C. eod.*

Immiſcuerit ſe] Sui non dicuntur adire, prove hærede gerere, aut repudiare, quæ iis ſolis conveniunt, quibus hæreditas tantùm oblata eſt; ſed immiſcere, aut abſtinere, quæ propriè dicuntur de rebus patris & jam noſtris, *l. 14. §. 1. de relig. l. 11. l. 57. l. 71. §. 1. l. 87. de acqu. hæred.* quamquàm interdum hæc accuratio negligitur, *l. 7. §. 10. de minor. l. 6. C. de leg. hær.*

Niſi minor 25. annis] *L. 7. §. 5. de minor.* ex generali nimirum illo edicto, propter inconſultam hujus ætatis facilitatem.

Damnoſam hæreditatem] Et ex contrario, ſi lucroſam temerè repudiaverint, *leg. 2. Cod. ſi ut om. hær.*

Conſtitutionem] Extat in *d. l. ult. C. de jur. del. add. Nov. 1. c. 2.*

Quantum valere bona] Simul hoc etiam conſequuntur, ut ne actiones, quas ipſi contra defunctum habuerunt, confundantur, *dict. leg. ult. §. 9.*

Niſi omiſſa obſervatione, &c.] Quo caſu & creditoribus in ſolidum tenentur, & ſi non fecerint inventarium, privantur beneficio Falcidiæ, *d. l. ult. §. pen.* noviſſimo jure etiam ſolida legata hi præſtare coguntur, quamvis vires patrimonii excedant, *d. Nov. 1. c. 2.*

COMMENTARIUS.

1 *Hæredem tam in onera, quàm in commoda hæreditaria ſuccedere.*
2 *Ius deliberandi quorum cauſa & cujus rei gratia comparatum, quis ejus effectus, & quid hic de ſuo contulerit Iuſtinianus.*
3 *Etiam ſuis hæredibus jure prætorio deliberandi facultatem eſſe.*
4 *Poſt aditionem aut immixtionem hæreditatem derelinqui non poſſe, niſi à minore 25. annis per reſtitutionem in integrum.*
5 *Majoribus ex clauſula generali vix eſſe ut hic ſuccurratur.*
6 *Beneficium inventarii.*
7 *Quæ neglecti hujus beneficii pœna.*
8 *Ius hodiernum circa adeundam ſub beneficio inventarii hæreditatem.*

Hæres ſuſcepta hæreditate in jus & locum defuncti ſuccedit, eumque in omnibus, quæ perſonæ non cohærent, repræſentat, *l. hæres 37. de acq. hær. l. nihil 24. de verb. ſign. l. hæreditas 62. de reg. jur. junct. leg. 8. §. 3. de lig. leg.* Hoc autem 1
cum dicimus, intelligimus, hæredem ſuccedere non tantùm in jus, quod defunctus habuit adverſùs alios; verùm etiam in id jus, quo defunctus

aliis

Digitized by Google

aliis tenebatur: in ſumma, hæredem tam onerum & incommodorum ſucceſſorem eſſe, quàm commodorum hæreditariorum: ac proindè obligari eum etiam æri alieno defuncti, eoque nomine à creditoribus hæreditariis conveniri poſſe, conventum iis reſpondere, eorumque actiones, quæ ex contractibus defuncti deſcendunt, ſuſcipere cogi, etiamſi hæreditas ſolvendo non ſit, *l. 8. de acq. hær. l. 2. C. de hær. vel act. vend. leg. ult. Cod. de hær. act. §. 1. inſ. de perp. & temp. act.* Quæ cùm ita ſint, periculoſum ſanè atque anceps eſt, hæreditatem aut adire ſtatim, aut ſtatim repudiare; illud, ob periculum æris alieni, quod initio latere poteſt; hoc, ne temerè repudiando lucroſam hæreditatem amittamus. Cæterum adversùs hujuſmodi periculum duo remedia hæredibus cunctantibus comparata ſunt, ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato ad hæreditatem vocatis, ac propoſita non extraneis tantùm de adeundo aut repudiando, ſed etiam ſuis hæredibus de immiſcendo aut abſtinendo cogitantibus. Unum vetus eſt, jus deliberandi, de quo in pr. hujus §. alterum novum, à Juſtiniano primùm introductum beneficium ſcilicet inventarii, quod indicatur
2 verſ. *Sed noſtra*. Quod attinet ad jus deliberandi, ſciendum eſt, id non tantùm hæredis gratia comparatum eſſe, ſed eorum quoque, quorum intereſt, hæreditatem ſtatim aut adiri aut repudiari, puta creditorum, ſubſtitutorum, eorumve, qui ab inteſtato venire poſſent. Quin etiam hoc remedio, ſi nemo iſtorum ſit, qui urgeat, non admodum hæredi opus eſt: quippe cui liberum, tamdiu hæreditatem amplecti, quamdiu eam non recuſaverit, *l. 9. Cod. de jur. del.* neque enim tempus ullum adeundæ hæreditati legibus præſtitutum eſt, & ſi aliquo tempore, ſolùm longiſſimo, id eſt, præſcriptione 30. annorum, jus hæredis excluditur, *DD. comm. per leg. Cod. de præſcr. 30. ann. Iaſ. in leg. 8. Cod. de jur. del. Coraſ. 6. miſc. 21.* Cæterum ſi ſint, qui urgeant, hic prædictum remedium hæredi neceſſarium eſt, niſi paratus ſit ſtatim aut hæreditatem ſuſcipere, aut poſſeſſionem bonorum pati, aut aliorum ſucceſſionem, *leg. ſi quis 13. §. 2. de hær. inſt. leg. quamdiu 69. de acq. hær.* Hæc enim tunc ei optio datur, ut aut ſtatim reſpondeat, hæres, necne, eſſe velit, aut tempus ad deliberandum petat, *l. 9. C. de jur. del.* Tempus hoc olim poſitum erat in poteſtate jus dicentis, qui pro arbitrio ſuo deliberationem petenti diem præſtituebat, *leg. 1. in fin. d. tit.* non utique ut ex libidine ſua id faceret, ſed ut pro prudentia ſua ſtatueret tempus moderatum, *d. l. 9. Cod. eod.* quantum ſcilicet ſufficere videretur ad cognoſcendas facultates defuncti: nec pauciores daret, quàm centum dies, *l. 2. eod. tit.* Juſtinianus ſummum tempus, ſi à Principe deliberatio petatur, annum eſſe voluit; ſi à judicibus, novem menſes, *l. ult. § & ſiquidem 13. C. eod.* Impetrato tempore ad deliberandum, licet hæredi interea explorare vires patrimonii defuncti, petere, ut rationum defuncti & inſtrumentorum hæreditariorum inſpiciendorum ſibi copia fiat; ut inſtruere ſe poſſit, atque apud ſe conſtituere, expediat, nec ne, agnoſcere hæreditatem, *l. 5. eod. l. Ariſto. 28. de acq. hær.* Quòd ſi intra diem præſtitutum hæreditatem non agnoverit, reſpectu ſubſtituti aut hæredis legitimi, hæreditas pro repudiata habetur, *l. quamdiu 69. de acq. h.* Creditoribus autem obligatur perindè ac ſi adiiſſet, *d. l. ult. §. pen. C. de jur. del.* nimirum prout utile ei eſt, ad cujus inſtantiam tempus eſt præfixum, ita ſilentium deliberantis pro aditione aut repudiatione haberi debuit. A Juſtiniano hoc etiam hæredibus tributum, ut intra annum ex quo hæreditatem ſibi delatam eſſe cognoverint, decedentes, cùm ipſi eam nec adiiſſent nec repudiaſſent, jus deliberandi atque adeundi intra tempus quod ex eo anno reliquum eſt, in quoſvis hæredes tranſmittant, *l. cum in antiquoribus 19. C. d. tit.* eoque jure etiam nunc utimur, *Grot. lib. 2. manuduct. c. 18.*

Extraneis hæredibus] Jus deliberandi de adeunda vel repudianda hæreditate, extraneorum & voluntariorum hæredum priorum eſt. Nam in ſuis hæredibus, ſi jus civile ſpectamus, quo etiam ſunt neceſſariis, locus eſſe deliberationi non poteſt: quippe cùm ſine ullo ſuo facto, ipſo jure ſtatim hæredes exiſtant, nec poteſtatem habeant hæreditatem ita quæſitam derelinquendi. 3
Cæterum poſtquàm prætor ſuos ad inſtar voluntariorum redegit, dato beneficio abſtinendi, conſequens fuit, ut etiam jus deliberandi eis daret exemplo extraneorum hæredum voluntariorum ut quemadmodum extraneis jus eſt deliberandi, utrùm adeant, an repudient, ita ſuis deliberandi jus ſit, utrùm immiſcere ſe paternæ hæreditati, an abſtinere, conſultius putent, *l. 8. & leg. ſeq. de jur. delib. leg. cum in antiquioribus 19. C. eod.*

Poſtea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, niſi minor ſit] Tempus deliberandi ab hærede priùs petendum eſt, quàm hæreditatem adeat, aut ſe immiſceat. Regula enim juris eſt, neminem poſſe hæreditatem ſemel ſibi quæſitam, ſive per aditionem ſive per immixtionem, relinquere aut repudiare, *l. 4. C. de repud. hær. l. 10.* 4
C. de jur. delib. Neque prætor cuiquam poſt aditionem aut immixtionem ſubvenit per in integrum reſtitutionem, niſi minor ſit 25. annis, qui temerè & inconſulta facilitate lapſus damnoſam hereditatem adiiſſe aut appetiiſſe proponatur: quippe cujus ætatis hominibus prætor ex generali edicto, quod eſt de minoribus, ſuccurrit, ut etiam poſt agnitam hæreditatem ſe poſſint abſtinere, *l. 7. §. ſed & ſi 5. de minorib. l. neceſſariis 57. §. 1. de acq. hær.* quemadmodum ex contrario quoque ſi quis juvenili levitate ductus omiſerit aut repudiaverit hæreditatem aut bonorum poſſeſſionem, aliquando à prætore reſtituitur, ut eamdem agnoſcere liceat, videlicet ſi omnia ſint in integro, *l. quod ſi minor 24. §. 5. de minorib. l. 1. & 2. C. ſi ut omiſſ. hær.* Liberis impuberibus hoc ampliùs conceſſum, ut omnimodò ſe abſtinere poſſint, id eſt, nec adito prætore, ſive ſe immiſcuerint

ſive non immiſcuerint, *l. 11. d. leg. neceſſariis, de acq. hær.*

Veniam dediſſe] Quod jus cùm ſingulare fue-
rit, uni ex ſingulari gratia à principe conceſſum,
ut mox ſequitur, ad conſequentias produci non
debuit. Et ideò exiſtimo, contra quàm Wveſemb.
5 & Bachov. nec prætorem in propoſito majori-
bus 25. annis ſubvenire ſolitum ex clauſula gene-
rali edicti, *Item ſi qua alia mihi juſta cauſa eſſe
videbitur*. Meritò namque his obiicietur, quòd
cùm poſſent, ſpatium ad deliberandum non pe-
tierint. Aut enim contempſerunt beneficium
juris, & indigni ſunt auxilio; aut ſtultè omiſe-
runt, id eſt, in jure errantes, quibus ſuccurri
non ſolere conſtat, *leg. pen. in pr. & §. ult. de
jur. & fact. ign.* Planè ſi nihil ſit, quod hæredi im-
putari queat, non negaverim, cauſa cognita au-
diendum; veluti ſi emerſerit poſtea æs alienum,
quod toto tempore deliberationis latuerat, nec
ſciri ab hærede, quamvis omnia diligenter ex-
plorante, potuit, *per d. leg. 8. de jur. del.* Neque
enim ſimplex facti ignorantia cuiquam nocere
debet.

Gordianus poſtea militibus] De jure, quod Gor-
dianus militibus conceſſiſſe dicitur, ſic ſcribit Ju-
ſtinianus *l. ult. C. de jur. delib. Sed & veterem con-
ſtitutionem non ignoramus, quam D. Gordianus ad
Platonem ſcripſit, de militibus, qui per ignorantiam
hæreditatem adierunt, quatenus pro his tantum-
modò rebus conveniantur, quas in hæreditate defun-
cti invenerint: ipſorum autem bona à creditoribus
hæreditariis non inquietentur.* Et hoc jus conſtitu-
tionemque Gordiani poſtea *§. ult. ejud. l.* confir-
mat, hoc addito, propterea à ſe introductum, ut
etſi milites inventarium non fecerint, non am-
pliore tamen ſumma teneantur, quàm in hæredi-
tate invenerint.

*Sed noſtra benevolentia commune omnibus hoc
beneficium, &c.*] Poterat tam paucis verbis,
quàm quibus benevolentiam ſuam commendat,
ipſum beneficium explicare. Eſt autem illud,
quod vulgò appellatur beneficium inventarii;
propterea quod confecto ſolenni rerum hæredi-
tariarum inventario hæres hoc beneficium con-
6 ſequitur. Summa ferè conſtitutionis Juſtiniani,
quæ extat in *l. ult. C. de jur. del.* hæc eſt, ut hæres
intra 90. dies, ex quo ſibi delatam eſſe hæredita-
tem ſciet, ſi res propinquæ ſint, intra annum, ſi
longiùs abſint, inventarium rerum omnium hæ-
reditariarum, præſentibus tabulariis, ac teſtibus
non minùs tribus, cæteriſque, qui ad hujuſmodi
confectionem neceſſarii ſunt, puta creditoribus,
legatariis, eorumve procuratoribus, *Nov. 1. cap. 2.*
conficiat, ipſe ſua manu id ſubſcribat, aut à tabu-
lario teſtibus præſentibus ſubſcribendum curet.
Quo ita legitimè confecto conſequitur benefi-
cium Juſtiniani, ut ne ultra vires hæreditarias te-
neatur, neve actiones, quas ipſe contra defun-
ctum habuit, aditione confundantur; ſed ut poſ-
ſit n[illegible] n minus quod ſibi debeatur, retinere, quàm
creditores extranei ſuum exigere: quorum neu-
trum hæredi tribuebatur jure veteri, *leg. 8. de
acq. hær. leg. ſicut 75. de ſolut. leg. 7. Cod. de
pact.* Confectum ab hærede fiduciario inven-
tarium rectè hæredi fideicommiſſario cedi, ceſ-
ſumque ei prodeſſe; aut ſi hæres non fecerit,
ipſum ſibi fideicommiſſarium rectè facere, poſt
Bart. in *leg. qua ratione 11. §. quod vulgo nu-
mer. 9. & 10. ad leg. Fac.* tradit *Iaſ. in add.
ad Porc. §. ſed quia 7. infr. de fideic. hær.*

*Niſi omiſſa obſervatione noſtræ conſt. deliberan-
dum exiſtimaverint*] Etſi Juſtiniano viſum eſt,
poſt introductum à ſe beneficium inventarii an-
tiquum jus deliberandi penitùs eſſe superva-
cuum; tamen ut ipſe teſtatur, motus plerorum-
que ſupplicationibus, veteri remedia adhuc uti
cupientium, jus illud liberum reliquit, *d. leg. ult.
§. & hæc quidem 13. Cod. de jur. del.* Et verò
cur relinqueret, magna cauſa fuit. Habet e- 7
nim confectio inventarii hoc incommodum,
quod neceſſe eſt detegi defuncti facultates:
quod plerique omnes, ſi liceat, minimè vo-
lunt. Deliberationem autem ita admiſit, ut
eam petentibus, & intra præfinitum tempus
hæreditatem adeuntibus, hæc duo onera im-
poſuerit, tanquam pœnam contempti benefi-
cii ſui: primum, ut creditoribus in ſolidum te-
nerentur, quamvis inventarium cum omni ſub-
tilitate, ut ipſe loquitur, fecerint: alterum, ut
ſi non fecerint inventarium, etiam beneficio Fal-
cidiæ privarentur, *d. leg. ult. § pen.* Noviſſimè
hoc inſuper cavit, ut hæres inventarium non
conficiens ſolida legata præſtet; etſi vires patri-
monii excedant, *Nov. 1. cap. 2.* Plura ad inventa-
rium pertinentia qui noſſe deſiderat, adeat *DD.
in d. leg. ult. Clar. §. teſtamentum, quæſt. 46. Graſſ.* 8
lib. 2. art. Inventarium per tot. Apud Burgundio-
nes, & in univerſa Gallia, item in hiſce regioni-
bus, invaluit, ut jus pro hærede gerendi cum be-
neficio inventarii pro ſpeciali gratia habeatur,
ac propterea id à Principe impetrandum ſit, aut
à Curiis ultimæ juriſdictionis, quemadmodum
apud nos, *art. inſtr. cur. ſup. 23.* Impetrato autem
beneficio, tenetur hæres per apparitorem alioſ-
ve ad hoc publicè conſtitutos, præſentibus duo-
bus teſtibus, intra dies 40. inventarium omnium
bonorum hæreditariorum conficere; dein cura-
re, ut res mobiles æſtimentur; ac tum demum
præſtita cautione reddendarum rationum, poſ-
ſeſſio adminiſtratioque bonorum ei permittitur,
uti cautum uberiùs conſtitutione Caroli Quinti,
edita anno 1544. *Sande lib. 4. tit. 12. de fin. 1.* Sed
& ita demum hoc beneficium conceditur, ſi non
alius de cognatione defuncti purè & ſimpliciter
omiſſoque beneficio hæreditatem adire paratus
ſit: quod & diplomati ſive mandato inſeri ſolet.
Hoc autem procul dubio inſtitutum eſt, partim
propter utilitatem creditorum, ut ab eo, qui ſim-
pliciter adit, ſolidum conſequantur; partim ut
honori defuncti conſulatur; qui, ſi nemo ſine
cautione inventarii bona ejus ſuſcipere velit,
vulgò creditur ſolvendo non fuiſſe. Qua de re
adeundi *Chaſſ. ad conſuet. Burg. tit. 7. §. 13. Baro
ad hunc §. Peck. lib. 1. de teſt. conjug. cap. 35. Gu-
delin.*

delin. de jur. nov. lib. 2. *cap.* 18. *Grot.* 2. *manud. cap.* 21. *Chriſtin. vol.* 4. *deciſ.* 22. Planè extranei idem offerentes non audiuntur, ac ne maritus quidem aut uxor, *deciſ. ſupremi apud nos Senatus* 7. *Pech. d. cap.* 35. *Zypæ, not. jur. Belg. Cod. de jur. delib.*

TEXTUS.

De acquirenda vel omittenda hæreditate.

6. *Item extraneus heres teſtamento inſtitutus, aut ab inteſtato ad legitimam hereditatem vocatus, poteſt aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate ſuſcipiendæ hereditatis, heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, ſi rebus hereditariis tamquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo, locandove: & quoquo modo voluntatem ſuam declaret, vel re, vel verbo, de adeunda hereditate; dummodò ſciat, eum, in cujus bonis pro herede gerit, teſtatum inteſtatumve obiiſſe, & ſe ei heredem eſſe. Pro herede enim gerere eſt pro domino gerere. Veteres enim, heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit: ita contraria deſtinatione ſtatim ab hereditate repellitur. Eum, qui ſurdus vel mutus, natus, vel poſtea factus eſt, nihil prohibet pro herede gerere, & acquirere ſibi hereditatem, ſi tamen intelligit, quod agit.*

NOTÆ.

6. *Tanquam heres utatur*] Poteſt enim quis res attingere hæreditarias, ut tamen id non faciat quaſi hæres; puta ſi quid pietatis aut cuſtodiæ cauſæ fecerit, aut ſi ſuum putavit, *l.* 20. *pr. &* §. 1. *de acq. hær.*

Vendendo res hereditarias, &c.] Niſi contra doceat, ſe nihil horum quaſi hæredem feciſſe, *d. l.* 20. §. 1. *l.* 1. *C. de rep. hær. l.* 1. *C. de jur. del.* Quædam etiam ſunt, quæ citra nomen & jus hæredis nemo facere poteſt, exempl. in *d. l.* 20. §. 4. *l.* 42. §. *eod.*

Dummodò ſciat] Vid. *leg.* 19. *leg.* 22. *l.* 32. §. *ult. eod.*

In cujus bonis pro herede gerit] Hic verbum *pro herede gerere* latiùs videtur accipi, quàm in *pr.* §. Nam horum verborum *pro herede gerere*, & *adire*, etiam generalis ſignificatio eſt, alterumque pro altero & unum pro utroque interdum uſurpatur, *l.* 12. *de inter. in jur. leg.* 88. *de acq. hær.*

Contraria deſtinatione] Sic tamen, ut declaret ſe hæredem eſſe nolle vel verbis, vel ſcripto nutuve, *l.* 95. *eod.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur. Exempl. in *l.* 17. §. 1. *l.* 77. *eod. l.* 23. §. 1. *de inoff. teſt.*

COMMENTARIUS.

1 *Doctrinam hujus* §. *propriè pertinere ad hæredes extraneos.*
2 *Duo dumtaxat eſſe, diſtincta tamen inter ſe, genera acquirendæ hæreditatis, aditionem, & pro hærede geritionem.*
3 *Qui plura genera ſtatuunt, eos egregiè imponere ſtudioſis diſciplinæ juris.*
4 *Cretionem nihil aliud fuiſſe, quàm ſolennem quamdam aditionem, contra quam Ioſeph. Scaliger. & cur nulla hic cretionis mentio.*
5 *Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur.*
6 *Porcii, Angeli, & Bachovii opinio de nuda animi deſtinatione notata.*
7 *Ut quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat, quarum rerum eum gnarum eſſe oporteat.*
8 *Variæ circa etymologiam hæredis opiniones.*
9 *In repudiante hæreditatem eadem ex contrario, quæ in admittente, requiri.*
10 *Etiam ſurdos & mutos pro hærede gerere poſſe.*
11 *Quid ſi hæreditas delata ſit furioſo, impuberi, infanti.*

HIc §. ad ſuos hæredes non pertinet, ſed ad extraneos dumtaxat. Explicantur enim hic rationes proximæ, ſeu modi quibus hæreditas acquiritur, aut ejus acquirendæ jus amittitur: quorum neutrum in ſuis hæredibus locum habet: quippe cum in hos dominiū rerum paternarum quod jam ante habebāt, morte patris continueatur, dici non poſſunt aut acquirere hæreditatem, aut jure acquirēdi excidere. Sanè poſtquàm prætor his abſtinēdi facultatem dedit, deſierunt quidem jure honorario eſſe neceſſarii; ſui tamen hæredes patri eſſe non deſierunt, & ipſo momento mortis paternæ hæredes apparere, ut ſuperiùs demonſtravimus, & arguunt nomina, quibus in propoſito prætor & prudentes utuntur. Sui enim non dicuntur adire, cernere hæreditatem, aut pro hærede gerere, hæreditatemve repudiare; quæ iis ſolis conveniunt, quibus res ſive hæreditas tantùm oblata eſt: ſed hæreditatem retinere, immiſcere ſe, aut abſtinere, derelinquere: quæ non dicuntur niſi de rebus patris & jam noſtris, *l.* 14. §. *plerique* 8. *de relig. l.* 7. *de jur. del. l.* 12. §. *ult. de bon. libert. l.* 11. *l. neceſſariis* 57. *l. ſi ſervum* 71. §. *ſi quis l. cum bonis* 87. *de acq. hær. & paſſim eod. tit.* Nam cum hæc, quod raró fit, noſtri confundunt, ut in *l. ult. de ſucceſſ. edict. l.* 4. §. 1. *de fideic. lib. l.* 21. §. *ult. de jur. patron. in fin. l.* 1. §. 10. *ad Tertul. l.* 6. *C. de legit. hær.* nimiùs accuratè loquuntur. Non plures autem modi, quibus extraneis acquiritur hæreditas, hic opponuntur, quàm duo, aditio & pro hærede geſtio ſive geritio; ſic enim appellatur à Juriſconſulto in *d. leg.* 14. §. *plerique* 8. *de relig.* Utrùm autem hi modi, ut nominibus, ita & re ipſa inter ſe diſtincti ſint necne: item an non

Digitized by Google

plures ſint, quàm hi duo, videbimus in exegeſi
textus.

*Aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda volun-
tate.* Omnis hæreditas ſive teſtamento delata,
ſive ab inteſtato, hæredi extraneo acquiritur ſo-
la voluntate & animo, uti quiſque hanc volun-
tatem de ſuſcipienda hereditate declaraverit. De-
claratur autem hæc voluntas vel verbis, vel re
aliqua & facto; quorum prius qui facit, adire, qui
poſterius, pro hærede gerere in uſu juris dicitur.
2 Unde duo genera acquirendæ hæreditatis, aditio
& pro hærede geſtio, *l. ſi quis mihi* 25. §. *ſed quid*
7. *l. quamdiu* 69. *de acq. har. d. l.* 15. §. 8. *de relig.*
l. 19. *C. de jur. del.* quibus in locis obſervare licet,
genera hæc ſic appellationibus diſtingui, ut ne-
que qui adit, dicatur pro hærede gerere; neque
qui pro hærede gerit, dicatur adire: quemadmo-
dum etiam hoc loco ut diverſa apertè diſtinguun-
tur, pro hærede gerere, & nuda voluntate hære-
ditatem ſuſcipere: ut proindè minimè aſſentien-
dum ſit Vveſembecio, aſſerenti nihil inter hæc
duo intereſſe. Equidem fateor nihil obſtare ver-
borum ſignificationem, quominùs, qui pro hære-
de gerit, dicatur adire; & qui adit, pro hærede ſe
gerere; ut hæc etiam poſteà confundere videtur
Juſtinianus, & Juriſconſultus in *l. 2. de interr. in
jur.* Sed diſtinctionis cauſa uſus veterum hæc ita
trivit, ut in diverſo genere ponerentur, & adire
diceretur, qui nuda teſtatione hæredem ſe profi-
teretur; pro hærede gerere, qui facto aliquo eam-
dem voluntatem declararet. Neque hoc negat
Ulp. *l. pro hærede* 20. *de acq. hær.* cum ait pro hæ-
rede gerere non tam facti eſſe, quàm animi. Hoc
enim ſolùm ſignificat, ut quis pro hærede geſſiſſe
videatur, in eo non tam quid factum ſit, quàm
quo animo factum ſit, ſpectandum eſſe, ut locus
ipſe oſtendit. Magis Paulus id negare videri po-
teſt *l. geris* 88. *de acq. hae.* ubi definit, eum pro
hærede gerere, qui animo agnoſcit ſucceſſionem,
licèt nihil attingat hæreditarium. Sed apparet, Ju-
riſconſultum verbum attingendi ſtrictiùs eo lo-
co uſurpare, negareque eum attingere, qui retinet
domum pignori obligatam, ut hæreditariam: qué
tamen re vera attingere conſtat; eoque tanquam
facto aliquo, non nudis verbis, voluntatem decla-
rari. Hoc ita conſtituto, videamus, an non plura
ſint genera acquirendæ hæreditatis, quàm duo il-
la, de quibus diximus, & quæ ſola hic ab Impe-
3 ratore proponuntur. Et plura non eſſe, omninò
ſtatuendum eſt, cavendumque ab iis, qui ſcribunt
hæreditatem acquiri quinque modis, cretione,
aditione, pro hærede geritione, immixtione, &
agnitione; egregiè ſtudioſis hujus diſciplinæ im-
ponentes. Nam primùm immixtio tota hinc alie-
na eſt: quoniam ſui hæredes, quorum propria
eſt, hoc facto nihil novi acquirunt, quod anteà
non habuerint, ſed quæſitum jam ab initio attin-
gentes id ſe retinere velle declarant, ut ſupra
abundè probatum eſt. Agnitionem verò ſtatuere
modum acquirendæ hæreditatis diverſum ab adi-
tione, magnæ inſcitiæ eſt. Quid enim eſt aliud
agnoſcere hæreditatem, quàm declarare ſe vel
hæredem eſſe; & hoc quid aliud, quàm adire?
Quòd ſi tot ſpecies acquirendæ hæreditatis face-
re liceat, quot diverſis verbis in hac re veteres
utuntur, jam non modò quinque, ſed vel octo aut
plures etiam erunt. Non enim tantùm agnoſce-
re hæreditatem à veteribus dici legimus, ſed
etiam hæreditatem amplecti, ſuſcipere, admit-
tere, *l. 6. §. 2. l. quæſitum 40. in fin. l. cum bonis* 87.
de acq. haerd. Sed plura ſcilicet hæc verba ſunt,
res ubique una & eadem. Cretio quoque olim
nihil aliud fuit, quàm ſolemnis quædam aditio 4
idque oſtendit formula cretionis relata apud *Ul-
pian. tit. 22. §. cretio* 23. his verbis: *Cùm me Lu-
cius Titius hæredem inſtitueris, eam hæreditatem
adeo cernoque.* Et Feſtus, *Crevi*, inquit, *modò ſi-
gnificat hæreditatem adii*, in quem locum quod
Joſephus Scaliger notat, *crevi non propriè ſignifi-
care hæreditatem adii*, errorem eſſe convincit
prædicta formula, & quod Feſtus dicit, *crevi hæ-
reditatem adii*, id Ulpianus *d. tit. §. 21. & §. 26.* ſic
exprimit, *cernendo fit hæres*. Varro *lib. 5. de ling.
Lat. Cernito in teſtamento, id eſt, facito videant
te eſſe hæredem: vid. Pet. Fabr. 2. ſemeſtr. 22.* Hic
autem conſultò mentio cretionis omiſſa, quia
ſublata ſolemnitate, quam olim deſiderabat *l.
cretionum 17. C. de jur. del.* hæreditas etiam cum
cretione delata acquiri poſſe cœpit, aut aditione
ſimplici, id eſt, quavis aperta teſtatione volunta-
tis de ſuſcipienda hæreditate, aut etiam pro hæ-
rede geritione: quod olim ſecus erat, *Ulp. d. loc.*
Atque hoc illud eſt, quod paulò poſt Juſtinianus
ait; *Et quoquo modo voluntatem ſuam declaret, vel
re, vel verbo.* Sed quid laboramus? non tantùm
loci omnes, in quibus ex profeſſo de modis ac-
quirendæ hæreditatis agitur, uti *in leg. quamdiu
69. de acq. hae. l. 14. §. pleriſque de relig. l. cum in an-
tiquioribus 19. C. de jur. del.* oſtendunt, pluribus,
quàm duobus diſtinctis modis, hæreditatem non
acquiri: ſed etiam res ipſa evincit, non poſſe plu-
ribus modis acquiri. Illud enim palam eſt, vo-
luntatem ſuſcipiendæ hæreditatis hic totum fa-
cere, tantùm relinqui, ut illa declaretur. At-
qui pluribus modis declarari non poteſt, quàm
his duobus, aperta teſtatione, aut aliquo facto:
illud autem veteres aditionem, hoc pro hærede
geſtionem ſive geritionem appellant. De cre-
tionibus antiquitatis amantes plura invenient
apud *Briſſon. lib. 7. de formul. Revard. de auct. prud.
c. 8. Gregor. Tholoſ. 46. ſyntagm. 2. n. 6.*

Si rebus hæreditariis tanquam hæres utatur]
Diximus, hæreditatem extraneis hæredibus non
acquiri, niſi voluntate & deſtinatione animi: eum
autem animum qui aperta teſtatione declarat,
dici adire; qui facto aliquo, dici pro hærede ge-
rere. Adire cùm ſit apertæ teſtationis, nemo du-
bitare poteſt, quid hac teſtatione hæres volue-
rit. At ſi quid hæres gerit, ambigi poteſt, quo
geſſerit animo: quoniam facta non loquuntur, 5
& exerceri poſſunt alio animo, quàm pro hære-
de gerendi. Poteſt enim quis attingere res hære-
ditarias, ut tamen id non faciat quaſi hæres, *l. pro
hærede 20. in pr. & §. 1. de acq. har.* Quibus agi-
tur

Digitized by Google

tur ex rebus in eo, quòd ab hærede geritur, animus pro hærede gerendi deprehenditur. Ex multis ſanè. Finge, hæredem quid feciſſe, quod citra nomen & jus hæredis facere non potuit, veluti ſi conditionis implendæ cauſa quid acceperit ex judicio teſtatoris, *d. l. pro hærede §. Papinianus*, aut geſſiſſe aliquid, quod non niſi hæres utiliter & cum effectu gerere potuit, puta ſervos hæreditarios manumiſiſſe, *l. Iulianus 42. §. 2. eod. tit.* eum qui hæc facit, perſpicuum eſt quaſi hæredem facere, eoque & pro hærede gerere videri. Quid ſi rebus hæreditariis uſus ſit, ædes inhabitaverit, agros coluerit, aut locaverit, ſervis cibaria præbuerit, pecora', jumenta paverit, æs alienum ſolverit, res quaſdam hæreditarias diſtraxerit? Creditur, ſuo potiùs nomine, quàm alieno hæc feciſſe, & in his omnibus geſſiſſe pro hærede; niſi contra doceat, ſe nihil horum quaſi hæredem feciſſe, ſed velut cuſtodiat, aut quia ſua putavit, aut quia quid fecit, dum deliberaret, ut res ſalvæ eſſent: ideòque in hujuſmodi factis conſultum eſt, initio hæredem teſtari, ſe quod facturus eſt, non facturum ut hæres velit, *d. l. pro hærede §. 1. l. 1. C. de repud. hær. l. 2. C. de jur. del.* Planè ſi defunctum funeravit, ex eo ſolo non videbitur pro hærede geſſiſſe: quia id officium humanitaria jure cuivis præſtari poteſt. Majoris tamen cautionis eſt, ſi hic quoque proteſtetur, *l. 14. §. plerique de relig.*

Et quoquo modo voluntatem declaret, vel re, vel verbo] Aut pro oratione disjunctiva hæc accipienda ſunt, in qua reperi intelligatur, quod prius dictum eſt, hæreditatem acquiri vel pro hærede gerendo, quod nunc dicatur re voluntatem declarando; vel nuda voluntate, quod nunc dicatur verbo voluntatem declarando: aut fatendum eſt, quod ſuprà dixi, Juſtinianum verbum pro hærede gerere hic latiùs accipere, quàm in pr. §. eoque comprehendere utrumque acquirendi modum, tam verbis, quàm re. Utcumque ſit, voluntas amplectendæ hæreditatis aut facto aliquo, aut apertè verbis declaranda eſt: ſiquidem, ut vul-
6 gò dicitur, propoſitum in mente retentum nihil operatur. Ideòque quod Accurſius in *l. 2. de in-terr. in jur.* ait, hæreditatis aditionem conſiſtere in occulta voluntate, non ſic accipiendum eſt, eum, qui nudè deſtinavit & apud ſe conſtituit hæreditatem adire, hac deſtinatione hæreditati obligari: ſed ita, neminem obligari ut hæredem, niſi qui ea mente quid geſſiſſe aut protuliſſe probetur, ut hæres fieret. Id autem in occulto poſitum eſſe, ac proindè probatu difficillimum. Neque verò etiam Porcio & Angelo aſſentio, qui exiſtimant, nuda animi deſtinatione hæredem aliquem fieri & obligari in foro conſcientiæ, quo etiam inclinare videtur D. Bachovius: nam, ut rectè Bartolus in *l. gerit. 88. de acq. hær.* nemo velle videri debet, quod non aliquo modo declaraverit: & prudentiſſimus ſimul ac doctiſſimus Viglius hic, *Variæ*, inquit, *ſunt humanæ mentis inclinationes, ut nunc ad adeundum, nunc ad repudiandum propendeant, & tunc demum velle aliquid videmur, cum animum noſtrum exteriore aliquo ſigno confirmavimus. Alioqui quid eſt humanis cogitationibus vel inconſtantius, vel mutabilius? Nec Deum* inquit, *velle arbitror, ut hujuſmodi indiſcreta voluntate illàqueemur*. Illud in tranſitu moneo, purè hæreditatem adeundam eſſe, non ſub conditione: nam ſi quis, verbi cauſa, dixerit, *Si ſolvendo hæreditas eſt, eam adeo*, nulla aditio eſt, *l. cum qui 51. §. ult. de acq. hær.* quo jure etiam hodie utimur.

Dummodò ſciat, teſtatum inteſtatumve obiiſſe, & ſe ei hæredem eſſe) Duo requirit Imp. ut quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat: unum 7
eſt, ut ſciat, defunctum aut teſtatum aut inteſtatum deceſſiſſe. Et prius igitur eſt, ut certus ſit, eum deceſſiſſe: neque enim viventis ulla eſt hæreditas, *l. qui hæreditatem 19. leg. neminem 27. l. hæres 32. l. qui ſuperſtitis 94. de acq. hær.* Ponamus ergo, agnatum proximum, cùm ignoraret, ſe hæredem ſcriptum, hæreditatem tanquàm lege ſibi delatam adiiſſe, prove domino bona adminiſtraſſe, hæres non erit: nam ut pro hærede gerendo ſe quis obſtringat hæreditati, ſcire debet, qua ex cauſa hæreditas ad eum pertineat, auctore Paulo *l. ſi is 22. eod.* Alterum eſt, ut ſciat, ſe hæredem eſſe, id eſt, hæreditatem aut teſtamento aut ab inteſtato ſibi delatam: & proindè etiam certus eſſe debet de conditione teſtatoris, paterf. an filiusfam. ſit, & generaliter, teſtamenti factionem habuerit, necne, *l. hæres 32. §. ult. eod.* Adhæc etſi ſciat, ſe hæredem inſtitutum, ſed utrùm purè, an ſub conditione, ignoret, non poterit adire hæreditatem, *d. l. hæres §. 1.*

Veteres hæredes pro dominis appellabant] Sic etiam Feſtus, *Hæres*, inquit, *apud antiquos pro domino ponebatur*, quod & Plauti confirmat auctoritas, apud quem Menæchmus peregrinus de Palla ſic loquitur;

Prandi, potavi, atque abſtuli
Hanc, cujus hæres nunquam eris poſt hunc diem.

Atque hinc eſt, quòd pro hærede gerere & pro domino gerere, hæreditas & dominium, à noſtris promiſcuè uſurpetur, *l. ſi is 22. de acq. hær. l. 2. §. ult. de bon. poſſ. ſec. tab.* Quæ res eos juvare videtur, qui hæredem à verbo *herus* dictum exiſtimant: licèt ratio prioris ſyllabæ repugnare videatur, quæ in *herus* corripitur, in *hæres* producta eſt: quam ob cauſam Viglius & Hotomannus 8
potiùs ab *hæreo* deduci putant, ut hæres dicatur, quaſi *hærens*, eò quòd proximus defuncto in bonorum dominio hæreat. Sed hic obſtat, quod heres & hereditas ſine diphthongo ſcribi in M. Tullii libris annotavit P. Victor, & in Pandectis Florentinis Cujacius. At ideò Hotomannum exiſtimo maluiſſe derivare hanc vocem ab *hera*, quòd terram ſignificat: unde ſit *heredium*, Varroni, agellus, qui hæredem ſequebatur. Cæterùm non ſunt hæc magni momenti: nec quantitas ſyllabæ ſemper in derivatis retinetur, quod vel pueri in ſcholis ſciunt, & docet Gellius *lib. 12. cap. 3.* quanquàm ille exemplis ad id demonſtrandum parum aptis utitur.

Digitized by Google

Contraria deſtinatione ſtatim ab hæreditate repellitur] Eadem autem omnia in repudiante requiruntur, quæ in hæreditatem admittente; ut voluntatem declaret, aut apertè verbis, puta ut dicat ſe hæredem eſſe nolle, ſcriptove aut nutu id teſtetur, *leg. recuſari 95. de acq. hær.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur: cujuſmodi eſt, ſi hæres inſtitutus idemque legitimus, de teſtamenti hæreditate nihil apertè ſtatuens, legitimam aut adjerit aut repudiaverit: creditur enim, qui hoc fecit, eodem momento teſtamentariam repudiaſſe, *leg. ne is qui 17.* §. 1. *leg. illud 77. eod. tit.* item ſi præteritus aut exhæredatus ab hærede inſtituto, cùm ſciret eum hæredem eſſe, emit aliquid, aut prædia conduxit, vel ei ſolvit quod teſtatori debebat. His enim factis & judicium defuncti agnoſcere intelligitur, & jus ſuum repudiare, *leg. ſi. ponas 23.* §. 1. *de inoff. teſt.* Scire item debet, qui repudiat, vivat is, de cujus hæreditate agitur, nec ne; teſtatus, an inteſtatus deceſſerit; hæres, necne, ei ſit; purè, an ſub conditione ſit hæres inſtitutus. Poſtremò de ſua quoque & defuncti conditione certus eſſe debet; alioqui uti adeundo, ita repudiando, nihil agitur, *leg. 13. l. 15. & 4. ll. ſeqq. leg. hæres 32. l. qui ſuperſtitis 94. de acq. hær.*

10 *Qui ſurdus vel mutus natus vel poſtea factus*] Mutus, necnon ſurdus, etiam ita nati, pro hærede gerere & obligari hæreditati poſſunt, *l. 5. l. pater. 93. in fin. d. tit.* Diſertè autem dicitur, pro hærede gerere; quia hi voluntatem verbis declarare nequeunt. Et pertinet hoc utique etiam ad ſurdos, qui natura tales ſunt, quos loqui non poſſe conſtat. Enim verò ſi quis caſu aliquo ſurdus factus ſit, quin ut loquendo, ita & verbis voluntatem declarando, hæres fieri poſſit, non eſt ambigendum. Sed & qui mutus non natus, ſed factus eſt, licèt verbis voluntatem declarare non poſſit, poterit tamen vel ſcripto, vel alio indicio eam ſignificare, *arg. leg. recuſari 94. eod.* Quòd
ſi hæreditas delata ſit ei, cujus nulla voluntas eſt, 11
qualis eſt furioſus, curatori tradetur hæreditas adminiſtranda ea lege, ut ſi furioſus poſtea ad ſe redierit, ipſe de ea ſuſcipienda aut omittenda ſtatuat: & omiſſa ad eos revertetur, ad quos remoto furioſo perventura fuiſſet, uti etiam ſi in furore deceſſerit, *l. ult. §. 3. & ſeq. C. de cur. fur.* Quid ſi impubes ſit, cui delata hæreditas? Quod hujus judicio deeſt, ſupplebit tutoris auctoritas, *l. pupillum 49. de acq. hær. l. 9. §. 3. de auct. tut. l. 5. C. de jur. del.* In infante novum jus à Theodoſio conſtitutum eſt, ut ipſe tutor nomine infantis hæreditatem adire poſſit, *leg. ſi infanti 18. C. d. tit.* Quòd ſi impubes in poteſtate ſit, hic auctore patre rectè adibit, *l. 8. §. ult. de acq. hær.* Neque obſtat quòd impubes, qui in poteſtate parentis eſt, ne auctore, quidem patre obligatur, §. *pupillus 9. in fin. inſt. de inut. ſtip. l. ult. §. 2. de verb. oblig.* quia in propoſito non obligatur ipſe impubes, ſed pater, cui hæreditatem acquirit. Cæterùm in adventitia hæreditate dicendum eſt, ab illa regula receſſum eſſe juniorum Principum conſtitutionibus, *d. l. ſi infanti §. ult. C. de jur. del. l. ult. §. ubi autem 6. Cod. de bon. quæ l. Don. ad d. l. ult. §. 2. num. 7. de verb. oblig.*

TITULUS XX.
DE LEGATIS.

Dig. Lib. 30. 31. 32. C. Lib. 6. 37.

Ratio ordinis cum ſummà eorum, quæ hic explicantur.

COgnita ratione deferendæ hæreditatis ex teſtamento, rectà procedendum videbatur ad partem alteram, quæ docet, quomodo deferatur hæreditas ab inteſtato, ac ſine flexu iter inſtitutum continuandum, donec omnes per univerſitatem acquiſitiones perculſæ forent. Eò enim nos ipſe rerum ordo & diſpoſitio partium deinceps tractandarum facta, §. *ult. ſuper. quas perſ. cuiq. acq.* quaſi manu ducit. Sed Imp. hic aliquantum à cœpto deflectit propter legata & fideicommiſſa, nec abſque ratione: nam cum legata & fideicommiſſa non minùs teſtamento relinquantur, quàm hæreditas, & vix ullum teſtamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommiſſo honoretur: hæc cauſæ communio, ſimul quòd legata ſunt partes, hoc eſt, acceſſiones & appendices teſtamenti, exigit, ut hoc loco maximè de his diſputetur; atque ob hanc etiam cauſam id in hunc locum collatum eſt, *d. §. ultim.* cùm alioqui legata & fideicommiſſa ſint modi, in quibus non univerſitas, ſed res ſingulæ acquiruntur. Hoc titulo diſputatur de legatis; atque ordine hæc docentur; quid ſit legatum: quotuplex olim fuerit, & quæ nunc natura atque effectus omnium; quibus rebus olim legata diſtabant à fideicommiſſis, & quæ poſtea ſecuta exæquatio; quæ res dari legari poſſint, vel non poſſint, quibus rectè legetur, aut contra: poſtremò quædam, quæ ad veterem formam legandi pertinebant, mutantur.

Tex-

Textus.
Continuatio.

Poſt hæc videamus de legatis: quæ pars juris extra propoſitam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis juris figuris, quibus per univerſitatem res nobis acquiruntur: ſed cum omninò de teſtamentis, & de heredibus, qui in teſtamento inſtituuntur, loquuti ſumus, non ſine cauſa ſequenti loco poteſt hæc juris materia tractari.

Notæ.

Loquimur de iis juris figuris] Id eſt, modis, rationibus: docemus quibus modis res univerſæ acquiruntur: legatis autem acquiruntur res ſingulæ. Legatarius non fit juris univerſi ſucceſſor, quamvis ei legata ſit pars bonorum aut hæreditatis, *l.26. §.2. de leg.1.*

Commentarius.

De *iis figuris, quibus per univerſitatem*] *Figuris*, id eſt, *cauſis, modis, rationibus*. Docemus, quibus modis res univerſæ acquiruntur: legatis autem acquiruntur res ſingulæ; quorum idcircò tractatio hinc aliena videtur. Repetenda verò eſt memoria ejus, quod notavimus in expoſitione, *§. ult. ſup. per quas perſ. cuiq.* in hac diſtinctione acquiſitionum non ſolius objecti rationem haberi, verùm etiam ipſorum modorum & cauſarum acquirendi: legatum eſſe modum & titulum acquirendi ſingularem, hoc eſt, comparatum ad acquirendum res ſingulas, non univerſas: & ideò licèt univerſitas, pars bonorum aut hæreditatis alicui legata ſit, quod fieri poſſe conſtat, *l. ſi quis 23. l. non amplius 26. §.2. de leg.1 leg. cum pater 39. de vulg. & pup. Ulp. tit. de legat. §. ficus 23.* tamen hunc legatarium non fieri juris ſucceſſorem, *d.l. non amplius §.2.* proindè nec ullas actiones hæreditarias aut activè aut paſſivè in eum tranſire: ob quam cauſam olim factum, ut ſtipulationes partis & pro parte inter hujus modi legatarium & hæredem interponerentur, *§. ſed quia 5. inf. de fid. de hær.* Quòd autem parte hæreditatis legata non deducuntur impenſæ, puta pretia ſervorum manumiſſorum, aut ſumptus funeris, *l.8. §. ult. de legat.2.* hoc non tribuit legatario ſucceſſionem juris; ſed tantùm dicitur ad differentiam ejus, quod obſervatur, cum pars bonorum, quæ tempore mortis fuit, legatur, quo caſu impenſas deduci placet, *l.6. d. tit.* Sic cum in ſpecie *l. cum filius 76. § 1. d. tit. de legat.2.* Lucio Sempronio legata proponitur hæreditas Publii Mævii, eam Sempronius non ſuſcipit, ut hæreditatem, ſed ut bona, quæ à Mævio ad teſtatorem pervenerunt.

Textus.
Definitio.

1 *Legatum itaque eſt donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præſtanda.*

Notæ.

1 *Donatio quædam*] *Quædam*, συγκατηγόρημα generi additum, quia legatum propriè donatio non eſt, in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla eſt donatio ſine acceptione, *v. ſup. de don.* Florent. *delibatio hæreditatis, l. 116. de leg. 1.* μείωσις κληρονομίας, Baſil. 44. *tit. 1. c. 1.*

A defuncto relicta] Modeſt. *l. 36. de leg. 2. Teſtamento relicta.* Sed Tribonianus videtur verbo generaliore uſus, ut ſerviret conſtitutioni Juſtiniani de exæquatione legatorum & fideic. *l. 2. C. comm. de legat.*

Ab hærede præſtanda] Deſunt hæc apud Modeſtin nec Theoph. Cujac. Hor. agnoſcunt, neque ad definitionem ſunt neceſſaria. Sæpè tamen noſtri definitionibus aliquid adiiciunt plenioris explicationis gratia.

Commentarius.

1 *Legatum unde dictum.*
2 *Cur particula* quædam *donationi in definitione adjecta.*
3 *Conſultò pro* teſtamento relicta, *ut eſt in definitione Modeſtini, hic poſitum* à defuncto relicta.
4 *Verba* ab hærede præſtanda, *non videri otioſa, ut quidam cenſent.*

Legatum, inquit Ulpianus *in fragm. hoc tit.* eſt quod *legis modo*, id eſt, *imperativè* teſtamento relinquitur: quæ notatio quædam eſt & ratio nominis: cæterùm quia hoc longiuſculè petitum videtur, alii potiùs legare dictum putant à *legando*, quatenus hoc verbum deligere & decerpere ſignificat: quod & Florentinum exiſtimaſſe credibile eſt, ac proindè legatum definiviſſe *delibationem hæreditatis, l. legatum 116. in pr. de leg. 1.* Nam delibare decerpere eſt. Cic. *in orat. pro Sext. Omnes undique floſculos carpere atque delibare.* Quæ autem decerpuntur, leguntur, Virg. *Eclog. 3.* 1

Qui legitis flores & humi naſcentia fraga.

Nec diſſimili admodum ratione Varro *lib. 4. de ling. Lat.* legatos à *legendo* appellatos tradit, quia ſcilicèt *publicè lecti ſint, ut mittantur*. Cæterùm etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudini ſignificationis verbi *legare*, in qua uſurpatur in illo legis duodecim tabularum, *Uti quiſque legaſſit*, &c. ubi hoc verbo *legaſſit*, continentur etiam hæredum inſtitutiones, denique quicquid verbis directis paterfam. in teſtamento caverit, confirmatur, *leg. verbis legis 120. de verb. ſign.*

Donatio quædam] Particulam *quædam* Modeſtinus in ſua legati definitione non addidit, *l. legatum 36. de legat.*2. Non eſt tamen omnino ſupervacua, ut quidam putant. Quippè legatum propriè donatio non eſt: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla eſt donatio ſine acceptione, ne mortis quidem cauſa, ut ſupra demonſtravimus ſub §.1. & 2. *de donat.* Legatum autem ſola teſtatoris voluntate conſtat; atque ita tamen, ut ſuſpendatur, & poſt mortem teſtatoris adhuc pendeat ab aditione hæreditatis: quod iterum ſecus in donationibus etiam iis, quæ mortis cauſa fiunt, *l.5. §. qui mortis 17. de his quæ ut indign.* Quapropter nec inter genera donationum, ubi de his ex profeſſo agitur, legatum numeratur. Eſt verò nihilominùs peculiaris quædam & quaſi proprii generis donatio: proficiſcitur enim totum à liberalitate teſtatoris, eſtque titulus merè lucrativus: quam ob cauſam etiam ſeparatur ab hæreditate, quæ onera quoque continet, & interdum damnoſa eſt, *l. ſi hæreditatem 32. mandat. leg. ſi hæreditatis 119. de verb. ſign.* Additum igitur generi eſt *συγκατηγόρημα quædam*, ut ſciamus, genus hoc non ſimpliciter, ſed quadantenus & ratione analogica ſpeciei definitæ convenire, Neque quicquam hactenus contra legem aut modum definiendi, *vid. Goclen. de trop. defin. can.9. except.1.*

A defuncto relicta] Directò ſcilicet & proximè à defuncto, non per interpoſitam mediam perſonam; ut excludatur fideicommiſſum: quod quidem etiam relinquitur à defuncto, ſed *μέσως* atque ita, ut relictum priùs alteri quæratur, atque in hujus perſona conſiſtat. Videtur autem Tribo-
3 nianus pro eo, quod eſt in definitione Modeſtini; *teſtamento relicta*, conſultò uſus verbo generaliore, *à defuncto relicta*, ut ſerviret conſtitutioni Juſtiniani de exæquatione legatorum & fideicommiſſorum, quæ eſt *l.2. C. comm. de leg. & fid.* Poſt hanc enim exæquationem non minùs legata, quàm fideicommiſſa, non teſtamento tantùm, ſed etiam ab inteſtato relinqui poſſe cœperunt, aut codicillis teſtamento non confirmatis: quod ſecus fuit jure veteri, quo legata tantùm ex teſtamento valebant, *§. prætereà inſ. de fid. hær.* Id quod Modeſtinus indicare voluit, & Florentinus ſignificat, cum legatum ſic deſcribit, ut ſit *delibatio hæreditatis*, [*κληρονομίας*, *Baſil.44. tit.1. c.1.*] *qua teſtator ex eo, quòd univerſum hæredis foret, alicui quid collatum velit. l. legatum 116. in pr. de legat.* 1. Eadem differentia indicatur ab Ulpiano *in fragm. tit. de fideicom. §. 3. & 6.*

Ab hærede præſtanda] Hæc verba non agnoſcunt Theoph. Cujac. Hotom. Vveſemb. Baro à ſciolo aliquo adjecta, ac proinde inducenda putat. Et fatendum ſanè eſt, non eſſe hæc verba
4 ad definitionem legati neceſſaria: quippè in qua quæritur, quid ſit legatum; non à quo relinquatur, aut præſtandum ſit; quod pertinet ad executionem. Cæterùm cauſam nullam admodum video, cur cùm extent in vulgaris codicibus, deleri atque ex iis expungi debeant. Sæpè enim noſtri latioris explicationis gratia quædam definitionibus adjiciunt, quæ ad eſſentiam rei definitæ non pertinent; ut videre eſt in definitione tutelæ *l.1. de tutel.* item furti, *l.1. §.1. de furt.* quod & hic factum videtur. Sed dixeris, vel ideò delenda eſſe, quia poſt exæquationem legatorum & fideicommiſſorum non tantùm ab hærede, ſed etiam à legatario legari poteſt. Ego verò nego quod ita relictum eſt, propriè legatum eſſe, licèt concedam jure legati cenſeri: de quo nihil iterum infrà *de fideic. hær. in pr.* Illa autem levicula ſunt, ob quæ nonnulli clauſulam hanc inducendam putant, primùm quia legatum ab ipſo teſtatore nonnunquàm præſtetur, *l. Lucius 22. de legat.2.* deinde quòd quæ legantur, rectà dicuntur tranſire ad legatarium, *l. à Titio 64. de furt.* Nam ad primum quod attinet, conſtat, legatum omne ſic relinqui, ut præſtetur poſt mortem teſtatoris, & proinde ab hærede. Quòd ſi teſtator antè vertat, & ipſe præſtet, dum vivit, mutatur voluntate teſtatoris, quod legatum erat, in donationem inter vivos, *per l. hujuſmodi 84. §. ſi Titio 11. de legat.* 1. Quòd verò legatum rectà à defuncto tranſire dicitur in legatarium, id tantummodò pertinet ad rei legatæ dominium: nam poſſeſſio nihilominùs ab hærede petenda & præſtanda eſt. Neque enim poteſt quiſquam ſibi jus in rem dicere, aut legatarius privata auctoritate occupare legatum: alioqui hæredi poteſtas eſt id revocandi interdicto quod legatorum, *l.1. §.2. quod legat.* de quo *vid. Clar. §. teſtamentum quæſt.68. Peck. 1. de teſtam. conjug.48. Chriſtin. vol.4. dec.36.* Sed & translatio illa dominii ficta potiùs eſt, quàm vera & ideò introducta maximè, ut legatarius poſt diem legati cedentem decedens ad hæredem legatum tranſmittat, *l.3. l.5. quand. dies leg.* Porrò notanda obiter triplex legati ſignificatio. Nam & actum ipſum legandi denotat, ut hic & in definitionibus Modeſtini & Florentini; & nonnunquàm titulum ſeu cauſam, ut *tit. pro legat.* Frequentiſſimè autem deſignat rem ipſam legatam.

TEXTUS.

De antiquis generibus legatorum ſublatis.

2 *Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vendicationem, per damnationem, ſinendi modo, per præceptionem: & certa quædam verba cuique generi legatorum adſignata erant, per quæ ſingula genera legatorum ſignificabantur. Sed ex conſtitutionibus divorum Principum ſolemnitas hujuſmodi verborum ſublata eſt. Noſtra autem conſtitutio, quam cùm magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores eſſe cupientes, & non verbis, ſed voluntatibus eorum faventes, diſpoſuit, ut om-*

nihilum

Digitized by Google

nibus una ſit natura: & quibuſcumque verbis aliquid relictum ſit, liceat legatariis id perſequi, non ſolum per actiones perſonales, ſed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus conſtitutionis perpenſum modum ex ipſius tenore perfectiſſime accipere poſſibile eſt.

NOTÆ.

2. *Certa quadam verba*] Vid. Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.2.tit.* Notæ juris, DD. E. *dare damnas eſto*. Per præceptionem ſolummodò legator uni ex hæredibus. Cajus & *lib.* & *tit.* §. *ult.* Th. hic Formula: *Luc.Titius mihi ex parte hæres rem illam præcipito*. Hæc capiendi figura præceptio dicitur, prælegatum, & præcipuum, Græc. ἐξαιρέτως δοθέν.

DD. Principum] Conſtantini, Conſtantii, & Conſtantis, *l.21.Cod.hoc tit.* qui iidem & in inſtitutionibus hæredum, & in amplectenda bonorum poſſeſſione verborum ſolemnitatem ſuſtulerunt, *l.15.C.de teſtam.l.ult.C.qui adm.ad bon.poſſ.*

Noſtra conſtitutio] *l.* 1. *Cod. comm. de leg.* ubi etiam veterem generum differentiam tollit, omniumque legatorum unam vult eſſe naturam.

Per in rem] Ponendi tamen termini habiles: neque enim legato nomine, aut re aliena locus eſſe poteſt vindicationi, *per l.54.de reg.jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Pro formularum diverſitate olim quatuor genera legatorum fuiſſe, non ſolùm nominibus diſtincta, ſed etiam natura & jure.*

2 *Primum Juſtinianum effeciſſe, ut omnium eadem vis eſſet, ſalva tamen manifeſta voluntate defuncti.*

3 *Explicatur vetus differentia circa poteſtatem agendi inter legatum vendicationis & damnationis, ſublata conſtitutione Juſtiniani.*

4 *Hypothecariam beneficio Juſtiniani accepto ferendam, qua de re, adverſus quos ea competat, aliaque nonnulla eodem pertinentia.*

1 PEr *vendicationem, per damnationem, ſinendi modo, per præceptionem*]His nominibus ſic genera hæc diſtincta atque appellata fuerunt à verborum formulis cujuſque generis propriis, aut earum una aliqua. Per vendicationem his verbis legabatur, *Do, lego, capito, ſumito: tibi habeto, vendicato*. Per damnationem ita, *Hæres meus damnas eſto dare, dato, facito: hæredem meum dare jubeo*. Sinendi modo ſic, *Hæres meus damnas eſto ſinere L. Titium ſumere illam rem ſibique habere*. Per præceptionem uni ex hæredibus legabatur hac formula, *L.Titius mihi ex parte hæres illam rem præcipito aut præcipuam habeto*. In formula legandi per vendicationem & præceptionem verba teſtatoris ad legatarium diriguntur: in legato damnationis ad hæredem in ſinendi modo formula mixta videtur. Non tantùm autem hæc genera verborum formulis, ſed natura quoque & jure diſtincta fuerunt. Per vendicationem & præceptionem legari ſolùm poterat res teſtatoris propria; ſinendi modo etiam hæredis; per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus genere legato, aut duabus rebus disjunctim, electio erat legatarii: idque puto etiam obtinuiſſe in relicto ſinendi modo: quia in hoc quoq; genere verba executiva, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autē legato hoc caſu electio erat hæredis. Quod per vendicationem relictum erat, petebatur actione in rem: quamquam eo nomine & in perſonam ex teſtamento agi poterat: quod per damnationem, id actione in perſonam ex teſtamento perſequendum erat. Nomine quoque ejus quod ſinendi modo relictum erat, non aliam actionem, quàm ex teſtamento competiiſſe, poſt Theoph. Bachovius ſcribit: Gajum etiam vendicari potuiſſe, *lib.2 h.tit.* §. *pen.* quod ego locum habuiſſe puto, cùm res teſtatoris propria hoc genere legari relicta eſſet. Quod per præceptionem cohæredi datum erat, eo nomine familiæ erciſcundæ agebatur in cohæredes. Hæc ferè, & quædam alia hujuſmodi reperiuntur apud *Ulp. tit.24.Gajum lib.2.tit.* §. *Paul.* 3. *ſent.* 6. & *Theophil.hic.* Si cui vacat, etiam per me liceat, adeat *Ant. Fab.* 6. *conject.* 1. cautè tamen.

Conſtitutionibus DD. Principum verborum ſolemnitas ſublata] Significatur *l. in legatis* 21. *C. hoc tit.* quæ una quidem conſtitutio eſt, ſed trium Imp. Conſtantini, Conſtantii & Conſtantis, quos ſi ſingulos ſpectes, totidem dici poſſunt Imperatorum conſtitutiones. Hi iidem Imp. etiam verborum ſolemnitatem & obſervantiam ſuſtulerunt in inſtitutionibus hæredum, & in amplectenda bonorum poſſeſſione, *l.quoniam 15.Cod.de teſtam.l.ult.C.qui admitt.ad bon.poſſ.*

Noſtra autem conſtitutio] Eſt *l.1.C.comm. de le-*
gat. Sublata in legatis verborum ſolemnitate, etſi
licebat aliis verbis, idem quod typica ſignificanti-
bus, in unoquoq; genere uti; nec Latino tantùm,
ſed etiam Græco, aut Gallico, aut cujuſcumque
alterius gentis ſermone legatum relinquere, quod
anteà non licuiſſe pacta formularum verba ar-
guunt, & teſtatur *Ulp.tit.25.§.7.* manebat tamen
adhuc vetus naturæ & effectorum in ſingulis ge-
neribus diverſitas: verbi cauſa, nihilò magis res
aliena per verba vendicationis legari poterat,
quàm ante; aut legatum per damnationem reli-
ctum in rem actione peti. Hanc generum diffe- 2
rentiam primus ſuſtulit Juſtinianus, omniumque
legatorum unam voluit eſſe naturam, hoc eſt,
unam omnium vim atque effectum, *d.l.1.C.comm.*
de l. Quòd ſi qua adhuc veteris diſcriminis veſti-
gia in libris noſtris tibi occurrent, ſcito, Triboni-
anum hæc per incuriam reliquiſſe; qui dum reſpō-
ſa Juriſconſultorum ad conſtitutionem Juſtiniani
accommodare ſtuduit, verba quidem hæc, *per ven-*
dicationem, aut *per damnationem*, ubique ſuſtulit,
rem autem ipſam & effectum reliquit.

Non verbis, ſed voluntatibus]Ætimologia hujus exæquationis: quæ talis tamen eſt, ut quivis

faci-

Digitized by Google

facilè intelligat, Imperatorem noluiſſe quicquam ſtatuere, aut exæquationem iſtam valere contra manifeſtam voluntatem teſtatoris. Quamobrem ſi teſtator, verbi cauſa, generaliter quid legaverit, aut hoc vel illud disjunctim, verbis executivis ad hæredem directis, non dubitarem reſpondere, in hujuſmodi legato electionem tribuendam eſſe hæredi, cum *DD. comm. & Zaſ. in leg. legat. 1.*

Non ſolum per actiones perſonales] *In d. l. 1. C. comm. de legat.* Utitur numero ſingulari. Intelligit autem actionem, quæ veteribus dicitur actio ex teſtamento, *l. ſervo §. ult. l. non quocumque 82. in pr. l. quæſitum 91. §. ult. de legat. 1. leg. qui concubinam 29. §. 3. de legat. 3. leg. 6. de in lit. jur. §. ſi res aliena 6. inf. eod.* Hæc actio in perſonam eſt ex obligatione. Nam cui legatum datum eſt, is de eo præſtando obligatum habet hæredem, è quo relictum eſt. Obligatio quaſi ex contractu, quippe cum hæres adit aut agnoſcit hæreditatem, intelligitur eam agnoſcere cum ſua conditione, atque onere; ſcilicet ut præſtet, quod teſtator injunxit: atque hoc facto quodammodò cum legatariis contrahere videtur, *§. hæres inf. de obl. quæ quaſ. ex contr.* ex quo apparet, tertium poſſeſſorem hac actione conveniri non poſſe, hæredem poſſe, etſi non poſſideat, per *l. actionem 25. obl. & act.*

3 *Sed etiam per in rem*] Etiam olim legati obtinendi cauſa actio in rem prodita legatariis fuit, ſed non omni legato; ut ecce: de eo, quod per vendicationem legatum erat, præter actionem in perſonam competebat, etiam in rem ſeu rei vendicatio: de re per formulam damnandi legata una erat actio in perſonam, in rem non erat: quæ juris diverſitas ex alio diverſo inter hæc jure naſcebatur; ex eo nimirum, quòd rei per vendicationem legatæ dominium rectà à teſtatore in legatarium tranſibat, *l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. de furt.* Quod autem per damnationem relinquebatur, ejus rei dominium tranſibat ad hæredem; & in hoc tale legatum ſimile erat fideicommiſſo, quod ipſa formula evidenter oſtendit, & quòd etiam res aliena per hanc formulam rectè legabatur. Jam verò certum eſt, actionem in rem omni domino competere, & ſoli, *l. in rem. 13. in pr. de rei vend.* fierique cõſequens ut in qua ſpecie ad obligationem hæredis accedit dominium legatarii, ibi legatario non tantùm perſonalis, ſed etiam in rem actio detur; ubi autem ſola hæredis obligatio locum actioni facit, ibi non alia, quã in perſonam actio competere poteſt. Ex conſtitutione verò Juſtiniani etiam pro legato damnationis conſequendo actio in rem legatario datur quippe jure legatorum omnium exæquato tam ex legato damnationis, quàm vendicationis, dominium rei legatæ rectà ad legatarium tranſit. Illud fortè aliquem turbabit, quòd eidem ejuſdem rei nomine duæ contrariæ actiones conceduntur, quarum altera intendat ſibi dari oportere, altera ſe dominum eſſe contendat, contra *§. ſic itaque 14. inf. de act.* Reſpondent nonnulli, ſpeciale hoc eſſe in legatario, propterea quòd tantùm jure civili dominus factus ſit, non etiam jure gentium quod non placet: nihil enim refert, quo jure dominium agenti quæſitum ſit, *d. l. in rem de rei vend.* & in promptu alia reſponſio eſt, deſcendere nimirum haſce actiones ex diverſis cauſis; in perſonam ex obligatione hæredis: in rem ex jure dominii, quod ſtatim à morte teſtatoris in legatarium transfertur: quamobrem agentem legatarium actione perſonali ex teſtamento, petentemque ut res ſibi detur, non conſiderari ut dominum, ſed tantùm ut creditorem, qui hæredem quaſi ex contractu ſibi obligatum habet. Rurſus agentem in rem non conſiderari ut creditorem, ſed ut dominum rem ſuam ab hærede, non ut obligato, ſed ut poſſeſſore, vendicantem, nam & contra alios poſſeſſores ſic in rem ageret. Concurſus autem duarum harum actionum non cumulativus eſt, ſed electivus, hoc eſt, non ita ſimul competunt, ut liceat experiri, utraque, ſed ut una, utra legatarius velit; una autem electa altera conſumitur, *l. cum filius 76. §. variis 8. de legat. 2. l. hujuſmodi 84. §. ult. l. ſi ſervus 108. §. 2. de legat. 1.* Porrò ut legati nomine etiam in rem actioni locus ſit, ponendi ſunt termini habiles: primùm ut legata ſit certa ſpecies aut corpus, neque enim quantitate, aut nomine legato, vendicatio locum habere poteſt: deinde ut res, quæ legata eſt, propria teſtatoris fuerit: nam quod teſtatoris non eſt, id ab eo non poteſt rectà tranſire ad legatarium, *leg. nemo plus juris de reg. jur.*

Et per hypothecariam] Priores duæ actiones 4
etiam veteribus ſecundùm ea, quæ diximus, in uſu fuerunt Hypothecaria, de qua hoc loco, tota beneficio Juſtiniani accepto ferenda eſt. Nam quod legimus apud Papinianum, legatarius cauſam pignoris habet, *l. 4. §. 1. de ſepar.* id, ut locus ipſe indicat, *junct. l. 1. §. ſciendum 3. eod. tit.* accipiendum eſt de ſpecie pignoris prætorii, quod jure ſeparationis creditores hæreditarii in bonis defuncti habent, & poſt hos in eo, quod ſupereſt, legatarii, qui ſeparationem impetraverunt. Agi poteſt hac actione hypothecaria in quaſcumque res à defuncto relictas, adverſùs quoſvis earum rerum poſſeſſores. Ajo, à defuncto relictas; ſiquidem non res hæredis propriæ, ſed hæreditariæ, ex hac cauſa pignori ſunt legatariis ex d. conſtitutione Juſtiniani. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res teſtatoris, quæ legata ſit; quippe quæ ſtatim ſit legatarii: rei autem noſtræ pignus non conſiſtit, *l. neque pignus 45. de reg. jur.* Actionem hypothecariam cum perſonali cumulari poſſe, receptum eſt, *Mynſ. 1. obſerv. 58. Carond. 4. reſponſ. 52.* cum vendicatione autem adverſùs eumdem cumulari nõ poſſe, tradit *Bald. in auth. contra nu. 11. C. ad ſen. Treb.* ſed *Cyn. in dd. 10. num. 10. C. comm. de legat.* etiam harum cumulationem admittit: quem ſequitur *Bachov. in Treutl. vol. 2. diſp. 13. theſ. 7.* Utut ſit, certi juris eſt, actiones, quæ ſe invicem non conſumunt, ſucceſſivè intentari poſſe, nimirum ut etiam poſt ten-

ten-

Digitized by Google

tentiam in una latam, altera in judicium deducatur: ratio autem non patitur, ut per hypothecariam aut actio in perſonam conſumatur, aut rei vendicatio: ut proindè ſimpliciter verum eſſe non poſſit, quod nonnulli ſimpliciter tradunt, tres haſce actiones electivè concurrere, non cumulativè: ſed nec pignus liberari debitore ad ſolvendum condemnato reſponſum eſt, *l. quamvis* 8. *C. de pign.* Illud penè ſupervacuum monere, actionibus hiſce locum non eſſe, niſi adita ex teſtamento hæreditate: nam ſi hæreditas adita non fuerit, nihil eorum, quæ teſtamento ſcripta ſunt, valet, *l. ſi nemo* 5. *de teſt. tut. l. eam* 14. *Cod. de fideicom.* niſi fortè teſtator voluerit ſcripturam teſtamenti etiam pro codicillis valere, ſive quod teſtamento relinquitur, etiam ab hæredibus legitimis præſtari, *l. ex ea ſcriptura* 29. §. 1. *qui teſt. fac. l. ex teſtament.* 29. *C. de fideic. l. ult.* §. 1. *Cod. de codicill.* de quo plura *Iaſ. in d. l.* 14. & poſt eum *Sichard. n.* 6. 7. *&* 9. *Don. num.* 9. *& ſeqq.* Illud in tranſitu monere non inutile viſum, actionem hypothecariam, quam Juſtinianus pro legatis aut fideicommiſſis conceſſit, ex conſtitutione ipſius inter plures hæredes ipſo jure diviſam eſſe, *d. l.* 1. *in fin. Cod. comm. de legat.* quod ſpeciale eſt, & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, quæ aliàs ſemper individua eſt, *l. rem hæreditariam* 65. *de evict.* introductum. Ac proindè hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expreſſo, quod teſtator legati aut fideicommiſſi nomine conſtituit, *l. non eſt mirum* 26. *de pign. act.* cùm in dubio credendum ſit teſtatorem ſe conformare voluiſſe ad jus commune, *l. ult. Cod. de verb. ſign.* Atque hinc intelligimus, etiam poſt hanc conſtitutionem Juſtiniani adhuc utiliter pignus teſtamento conſtitui, *add. Chriſtin. vol.* 4. *deciſ.* 47. *num.* 3. *&* 4. Donellus tamen nihil in hoc putat eſſe ſingulare, *in d. l.* 1. *num.* 12.

TEXTUS.

Collatio legatorum & fideicommiſſorum.

3. *Sed non uſque ad eam conſtitutionem ſtandum eſſe exiſtimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem ſtrictè concludentem; fideicommiſſis autem, quæ ex voluntate magis deſcendebant defunctorum pinguiorem naturam indulgentem; neceſſarium eſſe duximus, omnia legata fideicommiſſis exæquare, ut nulla ſit inter ea differentia: ſed quod deeſt legatis, hoc repleatur ex natura fideicommiſſorum: & ſi quid amplius eſt in legatis, per hoc creſcat fideicommiſſorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permiſtim de his exponendo ſtudioſis adoleſcentibus quandam introducamus difficultatem, operæ pretium eſſe duximus, interim ſeparatim priùs de legatis, & poſtea de fideicommiſſis tractare; ut natura utriuſque juris cognita, facilè poſſint permiſtionem eorum eruditi ſubtilioribus auribus accipere.*

NOTÆ.

3. *Ex voluntate magis, &c.*] Quàm ex lege aut certo jure: non ex rigore juris civilis, ſed ex voluntate relinquentis. Ulp. *tit.* 25.

Pinguiorem naturam indulgentem] Vid. Ulp. *d. tit.* 25. Caj. *lib.* 2. *tit.* 7. Th. hic.

Neceſſarium eſſe duximus] *l.* 2. *commun. de legat.*

Legata fideicommiſſis exæquare] Hoc eſt, alterius vim ac naturam alteri communicare, *d. l.* 2. A Triboniano interpolata videtur, *l.* 1. *D. de legat.* 1.

Nulla ſit inter ea differentia] Scil. in ipſa re. Ait enim ſe non verbis, ſed rebus leges imponere, *d. l.* 2. Itaque eſſentialis differentia legati & fideicommiſſi ſublata non eſt: ſed quod verbis directis & imperativis legis modo eſt relictum, adhuc legatum; & quod precariis, fideicommiſſum eſt. Sed neque ea differentia ſublata, quam facit manifeſta voluntas teſtatoris, cujus exemplum habemus, §. *pen. inſ. de ſign. reb. per fid. rel.*

COMMENTARIUS.

1 *Auctorem exæquationis legatorum & fideicommiſſorum itidem eſſe Juſtinianum.*
2 *Cur ſtricta legatorum natura, & quibus cancellis circumſcripta fuerit.*
3 *Cur pinguior ac laxior fideicommiſſorum, & quibus in rebus.*
4 *Exæquatione hac non eſſe ſublatam utriuſque relicti differentiam eſſentialem.*
5 *Quando amplius fuerit in legato, quàm in fideicommiſſo.*

SUperiore §. didicimus, legata omnia inter ſe exæquata eſſe; hic docetur ea etiam omnia & in omnibus exæquata eſſe fideicommiſſis, hoc eſt, communicatam ac confuſam invicem etiam legatorum omnium & fideicommiſſorum naturã. Auctor hujus exæquationis itidem Juſtinianus eſt, *l.* 2. *C. comm. de legat.* quod etiam hoc loco expreſsè profitetur. Et verum eſſe vel ex eo liquet, quòd veteres inter legata & fideicommiſſa differentiæ, quas Ulpianus *in fragm.* & Cajus *lib.* 2. commemorant, certè maxima earum pars, uſque ad tempora Juſtiniani permanſerunt. Quamobrem dubitandum non eſt, quin illud, quod apud Ulpianum *l.* 1. *de legat.* 1. legimus, *per omnia exæquata eſſe legata fideicommiſſis*, Triboniano acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando extraxerit ad conſtitutionem Juſtiniani, jam triennio ferè ante editionem Pandectarum evulgatam. Etenim conceſſu Principis hanc poteſtatem compilatores Pandectarum habuerunt, ut pro arbitratu ſuo & adjicere quædam & detrahere ſcriptis veterum poſſent, *l.* 1. *Cod. de vet. jur. enucl.* idque in plurimis locis ab iis factum eſſe

ani-

animadvertere licet, *vid. Govean. 1. var. lect. 29. Duar. 2. diſp. 9. Don. 8. comm. 2. Baron. Hotom. Veſemb. hic. Covar. in c. Raynaldus §. 1. n. 3. C. de teſtam.* Aliter & diverſimodè hoc expediunt, Cujac. 8. *obſ.* 4. Rævard. 1. *var.* 4. Robert. 2. *ſent.* 23. quorum explicationes etſi non probo, confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendi ſumus, hanc legatorum & fideicommiſſorum exæquationem pertinere tantùm ad fideicommiſſa ſpecialia, quibus ſcilicet res ſingulæ relinquuntur; ad univerſalia ſive ad hæreditates fideicommiſſarias non pertinere: is enim, cui ex fideicommiſſo reſtituitur hæreditas, hæredis loco habetur. De quo uberiùs *infr. de fideic. hær.*

Strictè concludendum] Id eſt, ſtrictam legatis naturam attribuentem, eaque cogentem intra
2 verborum ac formularum anguſtias, & voluntates teſtantium juris ſubtilitati ſubjicientem. Quippe in legatis, utpotè quæ ex legibus & jure civili ortum ducebant, certis quibuſdam & ſolemnibus ac præſcriptis verbis utendum erat, ſicut & in hæredis inſtitutione, nec aliis verbis relicta valebant: quæ verba idcircò legitima & civilia dicebantur, *l. 7. de vulg. & pup. l. ult. C. de teſtam.* qualia ſunt: *do, lego, capito, ſumito, habeto, hæres meus damnas eſto dare, hæredem meum dare jubeo.* Atque ad hæc verba, quoniam ferè imperativa ſunt, & legislationis propria, reſpexit Ulp. *in fragm. hoc tit.* legatum deficiens, quod legis modo relinquitur. Cæterum priſca illa & præciſa verborum obſervantia jam ante Juſtinianum ſublata fuit, ut intelleximus *in §. præc.* Voluntas quoque teſtantis cancellis quibuſdam in legando circumſcripta erat. Siquidem legatum relinqui non poterat niſi in teſtamento aut codicillis teſtamento confirmatis, *§. præterea 10. infr. de fideic. hær. Gajus lib. 2. tit. 7.* Præterea legatum relinqui non poterat ante hæredis inſtitutionem, nec poſt mortem hæredis, nec à legatario aut fideicommiſſario, ſed à ſolo hærede, *§. ante 34. & ſeq. infr. eod. & tit. de ſing. reb. per fideic. rel. in pr. Ulp. hoc tit. §. poſt mortem, & §. à legatario Gajus dict. tit. 7.* Denique verba legatorum ſtrictè accipiebantur, neque in his, ſi perſpicua erant & minimè ambigua, facilè admittebantur conjecturæ, aut quæſtio voluntatis, *l. ille 25. §. 1. de legat. 3.*

3 *Ex voluntate magis deſcendunt*] Quàm ex lege aut certo jure. Quod ſignificat Ulpianus *in fragm. tit. de fideic.* cum ait, *fideicommiſſum non ex rigore juris civilis proficiſci, ſed ex voluntate dari relinquentis.* Proindè in fideicommiſſis parum referebat, quibus verbis relicta eſſent, modò certa eſſet teſtatoris voluntas, *l. cum virum 16. Cod. de fideic.* adeò ut fideicommiſſum non minùs Græco, quàm Latino ſermone rectè relinqueretur, *l. 11. in pr. de legat. 3. Ulp. d. tit. §. item Græce.* Hoc amplius etiam nutu fideicommiſſa poſſe relinqui placebat, *l. nutu 21. d. tit.* Denique in interpretatione verborum fideicommiſſi, etſi ea minimè obſcura eſſent, magis tamen voluntas, quàm verba, ſpectabatur, & conjecturis nihilominus erat locus, *d. leg. 16. C. de fideic. leg. quiſquis 95. de legat. 3.*

Pinguiorem naturam indulgentem] Non ea adſtringentem verborum formulis, nec voluntatem relinquentis coercentem intra rigorem juris civilis, laxioremque longè & benigniorem interpretationem in fideicommiſſis, quàm in legatis admittentem. Unde nihil eorum, quæ legatum vitiaſſe diximus, oberat fideicommiſſo. Poterat & ab inteſtato relinqui, & codicillis teſtamento non confirmatis. Poterat relinqui & ante hæredis inſtitutionem & poſt mortem hæredis. Poterat & à legatario & à fideicommiſſario, ut ſupra allegata ſimul docent. Erant & aliæ quædam inter legata & fideicommiſſa differentiæ, quarum *Ulp. tit. 25. & Gaj. lib. 2. tit. 7.* meminerunt. Nobis hic omnes referre curæ non fuit.

Ut nulla ſit inter ea differentia] Hoc eſt, ut una ſit eorum natura, ut jam non ampliùs, ſicut olim, diverſa eorum vis ſit, ac poteſtas. Hoc enim exæquare eſt, alterius vim ac naturam alteri communicare; quemadmodum hoc Imperator ipſe mox explicat *& in d. l. 2. C. comm. de leg.* Itaque nunc legata æquè & ab inteſtato, & nutu, & à legatario, &c. relinqui poterunt, ac fideicommiſſa, & voluntas legantis ſervabitur. Quod ideò monendum putavi, ne quis putet hac exæquatione eſſentialem harum rerum differentiam ſublatam eſſe, & quod verbis directis ac imperativis relictum eſt, etiam fideicommiſſum factum; & contra quod precariis, legatum: quod eſſet abſurdum. Nam voluntas teſtatoris legatum aut fideicommiſſum facit & diſcernit. Ac proinde etiam adhuc fieri poteſt, ut aliquo caſu diſſimilem hæc neceſſariò effectum habeant, ne quid fiat contra voluntatem defuncti quam non evertere, ſed conſervare Juſtiniano propoſitum fuit. Cujus rei exemplum habemus in legato & fideicommiſſo libertatis, *§. pen. inſ. de ſing. reb. per fideic. rel.* Quinque alias differentias refert Giphanius, quas exiſtimat poſt exæquationem noſtram adhuc relictas: ſed perſpicuo errore, nec digno, qui confutetur.

Si quid amplius eſt in legatis] Mutua igitur eſt 5
hæc exæquatio. In legatis hoc amplius erat, quàm in fideicommiſſis, quòd aliquando, & ſcilicet legata re teſtatoris propria, dominium rectà in legatarium tranſibat, ex fideicommiſſo nunquam: item quod pro obtinendo legato comparata erat legatario ordinaria actio ex teſtamento, aut quo caſu dominium translatum erat, etiam rei vendicatio: de fideicommiſſis una tantùm competebat extraordinaria perſecutio. De quo dicendum amplius *inf. tit. de fideic. hær. §. 1.* Cæterum etiam hanc differentiam ſuſtulit Juſtinianus, & fideicommiſſa vice mutua in his rebus exæquavit legatis, ut jam iiſdem quoque actionibus, quibus legata, peti poſſint, *l. 1. & 2. C. comm. de leg.*

Separatim prius de legatis, & poſtea de fid.]
Hinc

Digitized by Google

Hinc eſt, quòd Juſtinianus in progreſſu aliquando ita diſſerit, tanquam inter legata & fideicommiſſa quædam adhuc differentiæ obtinerent, quas tamen certum eſt eum unà cum cæteris ſublatas voluiſſe. Veluti *in §. præterea 10. inf. de fideic. hæred.* ubi ait, legata niſi ex teſtamento non valere. Et *in pr. tit. de ſing. reb. per fid. rel.* ſic loquitur, quaſi à legatario etiamnum legari non liceret.

TEXTUS.

De re legata. Et primùm de re Teſtatoris, hæredis aliena, cujus non eſt commercium.

4. *Non ſolùm autem teſtatoris vel hæredis res, ſed etiam aliena legari poteſt: ita, ut hæres cogatur redimere eam, & præſtare; vel ſi eam non poteſt redimere, æſtimationem ejus dare. Sed ſi ſit talis res, cujus commercium non eſt, vel adipiſci non poteſt, nec æſtimatio ejus debetur; veluti ſi quis campum Martium, vel baſilicas, vel templa, vel quæ publico uſui deſtinata ſunt, legaverit. Nam nullius momenti tale legatum eſt. Quod autem diximus, alienam rem poſſe legari, ita intelligendum eſt, ſi defunctus ſciebat alienam rem eſſe, non ſi ignorabat. Forſitan enim ſi ſciviſſet alienam rem eſſe, non legaſſet, & ita divus Pius reſcripſit. Et verius eſt, ipſum, qui ait, id eſt, legatarium, probare oportere, ſciviſſe alienam rem legare defunctum; non hæredem probare oportere, ignoraſſe alienam. Quia ſemper neceſſitas probandi incumbit illi, qui agit.*

NOTÆ.

Cujus commercium non eſt] Ejus rei, quæ abſolutè commercio exempta, legatum prorſus inutile eſt: ejuſmodi ſunt, quæ hic & in *l. 39. §. 8. & ſeqq. eod.* 1. memorantur. Sed nec earum rerum legatum regulariter conſiſtit, quæ ædibus juncta ſunt, *l. 41. cum 2. ſeq. eod.* Quid ſi vel teſtator vel hęres commercium rei non habeant? Reſp. ſi legatarius habeat, utile eſſe legatum, *l. 49. §. 3. eod. 2. fac. l. 34. de verb. obl.* ſin minùs, non valere, *d. l. 49. §. 2. d. l. 34. non obſt l. 114. §. 5. eod. 1.* neque *l. 11. §. 16. eod. 3.* illa tibi quod reſpondeas ipſa ſubminiſtrat, in hac agitur de legato militiæ, cujus natura æſtimatio continetur, *d. l. 49. §. 1. in l. 40. eod.* delenda videtur ſecunda negatio: alioqui illa abundant, *cujus commercium legatarius non habeat*, Cujac.

Non ſi ignorabat] Niſi perſonæ proximæ reliquerit, id eſt, tali, cui veriſimile ſit quovis modo legaturum fuiſſe, *l. 10. C. eod.*

Forſitan, &c. non legaſſet] Quoniam nemo facile hæredem ſuum onerare ſolet redemptione alienæ rei, *l. 67. §. 8. eod. 2.* quæ ratio cùm ceſſet in re hæredis legata, ceſſat etiam hæc diſtinctio, *d. l. 67. §. 8.*

Legatarium probare] Hoc idem iiſdem verbis Marcian. tradit *l. 21. de prob. fac. l. 23. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quarum rerum legatum conſiſtat, aut non conſiſtat.*
2 *Legem 12. Tab. non impedire, quominùs res aliena legari poſſit. Et num jus Canonicum.*
3 *Quid juris ſit in legato rei communis. Quæſtio ſubtilis & elegans.*
4 *Effectus legati rei alienæ.*
5 *Legatum rei ſimpliciter exemptæ commercio, aut uſibus Principis deſervientis, prorſus inutile eſſe. Ut & regulariter earum rerum, quæ ædibus juncta.*
6 *Rei exemptæ commercio certæ perſonæ legatum valere, ſi legatarius commercium habeat; ſin minùs, ſubjecta pleniſſima ſolutione omnium quæ obſtare videantur.*
7 *Quid juris, ſi feudum legatum ſit.*
8 *Legatum rei alienæ, niſi ſingulari conjectura adjuvetur, cur demum valere placeat, ſi teſtator ſciverit, alienam eſſe: & cur legatario ejus rei probatio incumbat.*

INchoatur hic tractatio de rebus, quæ legari poſſunt, aut non poſſunt: qui locus maximam hujus tit. partem occupat; nec eſt ſine multiplici diſtinſtione pervius. Primùm hoc in genere 1
teneamus, non ſolùm res ſpeciatim ſic dictas, ſed etiam facta legari poſſe, ut qui juſſus eſt facere, parere debeat: nec ſolùm res corporales, ſeu etiam incorporales, puta uſumfructum, ſervitutem, nomen. Deinde poſſe legari non modò res, quæ actu ſunt in rerum natura, verùm etiam, quæ futuræ ſperantur: quæ non ſunt, nec eſſe poſſunt, earum legatum inutile eſſe. De quibus omnibus accuratiùs agemus ſuis locis. Porrò intereſt, utrùm res legata ſit in commercio, an non ſit: & ſi extra commercium, utrùm ſimpliciter atque in totum, ut ſunt res publicæ, ſacræ, ſanctæ, religioſæ, liber homo; quarum rerum legatum nullius momenti eſt: an verò res talis ſit certo reſpectu, & vel ob ſpecialem circumſtantiam commercio exempta, cùm alioqui per ſe & conditione ſua ſit in commercio, cujuſmodi ſunt marmora, columnæ, tigna ædificiis juncta, quæ inutiliter itidem uno atque altero caſu excepto legantur; vel exempta commercio quorumdam, non omnium, ut mancipium Chriſtianum, cujus commercium non habent hęreticus, Judęus, paganus, *tit. C. ne mancip. Chriſt.* item militia, hoc eſt, officium alicujus eorum, qui in aliqua ſchola ſeu ordine inter ſtatutos relati ſunt, ex quo ſalaria à Principe conſequuntur; cujuſmodi officiorum conſtat quoque non omnes jure capaces eſſe, *vid. Cujac. in l. 3. §. ſi quid minori 7. de minorib.* Sic prædii provincialis cum aliis commercium eſt, cum præſide non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter, aliquando inutiliter legantur:

de

Digitized by Google

de qno uberiùs paulò poſt. Quæ res legata in commercio eſt, ea vel eſt teſtatoris propria, vel non eſt; & hæc iterum vel hæredis, vel legatarii, vel tertii alicujus, quæ in hoc argumento ſpecialiter dici ſolet res aliena. De re hæredis ſcriptum hic eſt, eam non minùs, quàm rem teſtatoris, legari poſſe: neque ullam hoc dubitationem habet; adeò ut hujuſmodi legatum valeat, etiamſi teſtator exiſtimaverit rem ſuam ſe legare, *l. num. 67. §. ſi rem* 8. *de legat.* 2. De re legatarii legata diſtinctè dicetur *inf. ſub §. ſed ſi rem* 10. De re aliena hic itidem traditum eſt, eam utiliter legari; cum ea tamen diſtinctione, quam legatum rei teſtatoris aut hæredis propriæ non recipit. Poſtremò illud quoque generaliter tenendum eſt, nullius eſſe momenti legatum earum rerum, quæ legatæ nihil emolumenti, aut commodi legatario afferunt, quamvis ſint in commercio: de quo etiam inferiùs præcipietur diligentiùs *ſub §. ex contrario* 14.

Sed etiam aliena] Etiam res alienas legari poſſe, ſemper conſtitit, & poſſe, etiamſi difficilis earum paratio ſit, ut ait Juriſconſultus *leg. cum*
2 *ſervus* 39. *§. conſtat* 7. *de legat.* 1. nec obſtat lex duodecim tabularum, quæ tantùm de ſuo legandi poteſtatem facit, *l. verbis* 120. *de verb. ſign.* nam & qui legat rem alienam, de ſuo legare intelligitur. Onerat enim hæredem, ut rem redimat, & redemptam præſtet. Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur. Sicut indicat *l. qui quatuor* 30. *§. ult. de legat.* 3. & expreſsè teſtatur *Ulpian. in fragm. ſub titul. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vendicationis propriis uti, ut puta, *do, lego*, aut ſimilibus. Sed & rem noſtram legari poſſe placuit, ſi modò in ea cauſa ſit, ut aliquo caſu emi poſſit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus* 104. §. 2. *de legat.* 1. Ejus rei, quæ apud hoſtes eſt, bello ſcilicet capta, legatum omnimodo conſiſtit jure poſtliminii, *l.* 9. *ſi ſervus* 68. *eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ vacet, dubitatur propter *cap. filius*, *C. de teſtam.* ubi videtur ejuſmodi diſpoſitio improbari. Covarruvias putat, ſpeciem *d. c.* eſſe ſingularem, quòd res alterius Eccleſiæ legata proponeretur ſepulturæ cauſa: & ideò extra ſpeciem illic propoſitam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum conſiſtere: & ita quoque *Mantic.* 9. *de conj. ultim. vol.* 10. *Fachin.* 5. *contr.* 38. At enim negari non poteſt, quin Pontifex in *d. c.* oſtenderit, ſibi diſplicere rei alienæ legatum, cùm id magis *ſæculi legibus*, quàm *legi Dei* convenire ſignificet. Quamobrem D. Tulden. *hic c.* 5. fatetur quidem, improbari à Pontifice hanc juris civilis diſpoſitionem: cæterùm cùm eam expreſsè non abroget, meritò eam adhuc obtinere debere contendit; maximè cùm probabili nitatur ratione, prolixiùs indulgendi ſupremis hominum deſideriis, & eò tantùm pertineat, ut hæres rem à domino redemptam, aut eo nolente vendere, juſtam rei æſtimationem legatario præſtet. Crediderim, Pontificem opinionis errore deceptum putaſſe, rei alienæ legatum legibus ſæculi ita ſuſtineri, ut eam rem, velit nolit, dominus ſuo pretio vendere teneatur: nam ut hæres aut redemptione rei alienæ, aut pretii illius præſtatione oneretur, conſtat, legi divinæ minimè repugnare. Quæ- 3
ſitum eſt, quid juris ſit in legato rei communis. Finge teſtatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legaſſe Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, ſi teſtator ſic dixerit, *fundum meum*. Hic enim portionem tantùm deberi, id eſt, partem, quæ teſtatoris fuit, non alienam, diſertè reſpondet Paul. *l.* 5. *§. ult. de legat.* 1. & addit, hoc conſtare, ut oſtendat, certi juris eſſe, non controverſi. Quippè & verba & mens teſtatoris hic pro hærede faciunt. Verba, quia *fundum meum* rectè interpretamur, quatenùs meus eſt: nam etiam rectè dicitur, quod pro parte meum eſt, *l. in re communi* 26. *de ſerv. præd. urb. l. ſi quis* 74. *de leg.* 3. *l.* 2. *de cond. inſt.* quamvis totum meum eſſe non rectè dicatur, *l. rectè*, *de verb. ſign.* Mens teſtatoris; quia etiamſi res dubia eſſet, non facilè crederetur teſtator onerare hæredem ſuum voluiſſe neceſſitate redimendi, *l. unum* 67. *§. ſi rem* 8. *de legat.* 2. Sed dubitatur, ſi teſtator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus eſt*, ſed ſimpliciter fundum ſibi cum alio communem legaverit, utrùm totus debeatur, an ea tantùm portio, quæ teſtatoris fuit. Accurſius exiſtimavit, totum deberi, quoniam legatum rei alienæ, quam teſtator ſcivit alienam eſſe, valet, & in propoſito fundus, ſi in totum eſſet alienus, totus deberetur. Quod & Donello viſum in *leg.* 10. *Cod. de legat. num.* 2. Sed contrariam ſententiam, quam probant *Bartol. Bald. Iaſ. Ang. Zaſ. Duar. in d. leg.* 5. *§. ult. de legat.* 1. *Mant.* 9. *de conj. ult. vol. tit.* 1. *num.* 11. veram eſſe exiſtimo, partem tantùm deberi. Quippè longè diverſa ratio eſt in caſu propoſito rei in totum alienæ, & pro parte meæ. Si res legata tota aliena eſt, non poteſt videri teſtator revocaſſe modum legati ad partem aliquam ſuam, quam nullam in ea re habet; nullaque alia conjectura capi poteſt, quàm voluiſſe legare totam. At cùm pars tantùm teſtatoris fuit, omninò credibile eſt, eum potiùs de ſua illa parte cogitaſſe, quàm noluiſſe hæredem ſuum ita onerare, ut partem alienam redimat; quæ conjectura efficaciſſima eſt, *leg. unum* 67. *§. ſi rem* 8. *de legat.* 2. *leg. Sticho* 36. *in fin. de uſufruct. legat.* Eamdem rationem habet, quod in ſpecie fundi vectigalis legati reſponſum eſt, non videri proprietatem legatam, ſed jus, quod in eo teſtator habuit, *leg. ſi domus* 71. *§. ultim. de legat.* 1. *fac. leg.* 24. *de inſtruct. vel inſtr. leg. leg.* 30. §. 4. *de legat.* 3. Planè, ſi teſtator nominatim dixerit, ſe legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem*, reſponderem, utramque partem, & tam alienam, quàm teſtatoris, deberi, *argum. l. Iuliano* 69. *in pr. de legat.* 3. Fuſiùs hanc quæſtionem tractamus *lib.* 2. *ſelect. quæſt. cap.* 26.

4 *Si eam non poteſt redimere, æſtimationem ejus dare*] Effectus legati rei alienæ hic eſt, ut hæres eam rem teneatur redimere & præſtare, aut ſi redimere non poſſit, quòd dominus eam vel nollet vendere, vel non niſi immodico pretio vendere velit, juſtam æſtimationem inferre, *l. ſi domus* 71. §. 3. *de legat.* 1. *l. non dubium* 14. §. *ult. l. quis quatuor* 30. §. *ult. de legat.* 3. & competit legatario eo nomine actio perſonalis ex teſtamento. In rem hoc caſu competere non poteſt, quoniam fieri nequit, ut re aliena legata, dominium ejus rei rectà à morte teſtatoris ad legatarium tranſeat. Hæc verò ita obtinent, ſi teſtator rem alienam legavit ſciens; ſecus eſt ſi ignorans, ut paulò poſt audiemus.

5 *Si talis ſit res, cujus commercium non eſt, nec æſtimatio debetur*]Ejus rei, quæ ſimpliciter atque abſolutè extra commercium eſt, legatum inutile prorſus atque inane eſt, ut nec æſtimatio debeatur. Cujus generis ſunt res ſacræ, ſanctæ, religioſæ, uſibus publicis deſtinatæ, *l. cum ſervus* 39. §. *pen. de legat.* 1. Idem eſt, ſi legata ſit res, quę uſibus Principis deſervit, veluti horti Saluſtiniani, fundus Albanus, aut prædia, quæ in patrimonio Cæſaris ſunt: quippe quarum rerum commercium non eſt ſine juſſu Principis, & furioſi eſt talia legata adſcribere, *d. l. cum ſervus*, §. *antepen. & ultim.* Sed neque earum rerum legatum regulariter conſiſtit, quæ ædibus junctæ ſunt, ut puta columnæ, marmora, regulæ, aut alia id genus: quamobrem nec his rebus legatis æſtimatio dedetur, *l. cætera* 41. *cum* 2. *ll. ſeq. d. tit.* Excipiuntur duæ cauſæ, in quibus harum etiam rerum legatum valere placet: quarum una eſt *in d. l. cætera*, §. *ſed ſi quis* 5. *altera in leg.* 11. §. *ſi quis illicite* 14. *de legat.* 3. nimirum quia in utraque ea ſpecie ceſſat ratio, ob quam hæres legari, aut negotiandi cauſa eximi prohibentur, quæ hæc eſt, ne ruinis deformetur aſpectus publicus, *l.* 2. *C. de ædif. priv.* Hæc omnia liquida ſunt & cunctis probata.

6 Quòd ſi certæ alicujus perſonæ commercio res exempta eſt, refert teſtatoris, an hæres ſit, an legatarius. Si teſtator, utile nihilominùs eſt legatum, ſi legatarius commercium habeat: nam & utilis eſt ſtipulatio, ſi rei in ſtipulatum deductæ commercium habeat ſtipulator, licèt promiſſor non habeat, *leg. multum* 34. *de verb. obl.* Idemque eſt, ſi hæres non habeat, legatarius habeat: neque enim hic perſona hæredis, utpotè à quo res mox abitura eſt, conſiderari debet. Textus eſt *in leg. mortuo bove* 49. §. *ſed Proculus* 3. *de legat.* 2. Hæc quoque extra dubitationem poſita ſunt, & uſu, uti & ſuperiora, recepta, *Gros.* 2. *manuduct.* 22. *perſ. pen.* Quòd ſi legatarius commercium non habeat, traditum eſt, legatum non valere, *dict. leg. mortuo bove*, §. 2. cui ſimile eſt, quòd is, qui rei commercium non habet, eam inutiliter ſtipulatur, *dict. leg.* 24. *de verb. obl.* & quòd donari non poteſt, quod donatario acquiri non poteſt, *leg.* 9. §. *ultim. de donat.* [illegible], ut ibi Græci. Cæterum non eſt hoc æquè expeditum, ac præcedentia. Nam primùm obſtare videtur, quòd reſponſum eſt, militia ſervo alieno legata, domino æſtimationem deberi, modò teſtator ſciens eam ſervo legaverit, *L.* 11. §. *ſi ſervo* 16. *de legat.* 3. Atqui ſervus militiæ capax non eſt. Reſpondeo, ſervis ademptam eſſe totius juris civilis communionem. Sed ſciendum, teſtamenti factionem cum ſervis ex perſona dominorum introductam, ut proindè ſi domino militia relinqui potuit, & ſervo poſſit, atque in perſona ſervi ipſi domino relicta videatur, *leg. non minus* 31. *de hæred. inſt.* Eo fit, ut ſi teſtator ſervo alieno militiam legaverit, legatum utile ſit, & æſtimatio quæ natura legati militiæ continetur, *d. leg.* 49. §. 1. *de legat.* 2. debeatur domino, qui militiæ commercium habuit. Utique ſi teſtator non ignoraverit ſervum eſſe: nam ſi liberum putavit, ſcriptum eſt *in d. leg.* 11. §. *ſi ſervo*, denegari fideicommiſſi petitionem, addita hac ratione, quia ſi ſciſſet ſervum, non reliquiſſet. Itaque nec ad dominum quicquam iſto caſu ex legato aut fideicommiſſo redire voluit, reperiturque res relicta ei ſolùm, qui commercium ejus non habet. Quod diſtinctionem noſtram confirmat. Secundò refragari putatur *leg. ſi filiusfam.* 114. §. *ſi quid alicui* 5. *de legat.* 1. Sed hic locus ipſe tibi quod reſpondeas, ſubminiſtrat. Ait Juriſconſultus, *ſi quid alicui licitè fuerit relictum, quod ipſe quidem propter corporis ſui vitium, vel propter qualitatem relicti, aliamve probabilem cauſam, habere non poteſt, alius tamen habere potuit, æſtimationem deberi.* Proponitur legatum licitè relictum: ergo relictum capaci, non ei, cui commercium rei relictæ interdictum eſt. Nemo enim dicet, prædium provinciale licitè legari præſidi, aut mancipium Chriſtianum Judæo. Proponitur relictum ei, qui caſu aliquo & probabili ex cauſa rem habere non poteſt; non ei, qui jure capere prohibetur. Finge, ſurdo, muto, aut cæco militiam legatam aut per fideicommiſſum relictam, hoc caſu æſtimatio debetur: at non deberetur, ſi ea res relicta eſſet incapaci, *argum. d. l.* 11. §. *ſi ſervo* 16. *de legat.* 3. Poſtremò hic objicitur *l. ſed ſi res* 49. *de legat.* 1. qui locus plus difficultatis habet: ſcriptum enim illic expreſsè eſt, utile eſſe fideicommiſſum, & æſtimationem deberi etiam eo caſu, quo fideicommiſſarius jus poſſidendi non habet. Donellus *in d. leg. multum*, *de verb. obl.* diſtinguit inter impedimentum poſſidendi & incapacitatem legatarii, vultque aliud eſſe, non habere jus poſſidendi, aliud, non habere rei commercium. Verùm iſta diſtinctio locum habet, ubi quæſtio eſt de conditione perſonæ legatarii, non de capacitate ejus aut incapacitate, ut jam intellectum eſt. Robertus, 3. *animadverſ.* 11 & alii, intereſſe putant, ſciverit teſtator legatarium, ſive fide commiſſarium incapacem eſſe an ignoraverit: priore caſu æſtimationem deberi, poſteriore non item. Non diſplicet, quòd Cujacius *in d. leg. multum*, contendit redundare in *d. leg. ſed ſi res*, ſecundam negationẽ, eamque demendam; ut hic ſit ſenſus, æſtimationem deberi,

ri,

Digitized by Google

ri, ſi res, cujus commercium legatarius non habet, ab eo per fideicommiſſum relinquatur ei, qui commercium ejus rei habet. Quæ ſententia veriſſima eſt. Nam perſona legatarii in hujuſmodi ſpecie quaſi ſubducitur, perindèque habetur, ac ſi fideicommiſſum recta ab hærede relictum eſſet. eſtque caſus hic ſimillimus ei, qui proponitur in *d.l.mortuo bove* 49.§.*pen. de leg.* 2. Secunda autem negatione retenta, fit ſcriptura inepta, & illa abundant, *cujus commercium legatarius non habet*. Quid enim refert, legatarius, à quo res per fideicommiſſum relicta eſt, commercium ejus rei habeat, nec ne, ſi fideicommiſſarius non habeat, aut non habeat jus poſſidendi? Non placet hæc confidentia Cujacii Duareno in *d. l. ſed ſi res*. Sed cui placere poterit Duareni explicatio, verba illa, *cui jus poſſidendi non eſt*, referentis ad legatarium, qui Duareno idem eſt ac ille, cui per fideicommiſſum relinqui dicitur? Quis videt, tunc totum illud, *cui poſſidendi jus non eſt*, abundare? Exiſtimat autem Duarenus, in quæſtione propoſita diſtinguendum eſſe ex ratione juris veteris inter legatum & fideicommiſſum. Legatum rei, cujus legatarius commercium non habet, eo jure inutile eſſe: fideicommiſſum, in quo benignior admittebatur interpretatio, utile, atque ex eo æſtimationem fideicommiſſario deberi. Argumento eſſe, quòd in iis locis, ubi negatur deberi æſtimatio, agatur de legato, ut in *dict. leg. mortuo bove, de leg.* 2. §. *pen.* contra ubi æſtimatio dicitur deberi, de fideicommiſſo, ut in *d. leg.* 11. §. *ſi ſervo, de legat.* 3. *& d. leg. ſi filiusfam.* 114. §. *ſi quid alicui, de legat.* 1. Bachovius etiam, qui idem in hac re, quod Duaren. ſentit, non inelegantem ſibi hujus differentiæ rationem reddere videtur; nimirum quia legatum recta tranſit in legatarium, fideicommiſſum primò conſiſtit in perſona ejus, à quo relinquitur. Ego verò non magni hæc æſtimo. Nam ſi tam inſignis hoc in caſu differentia fuiſſet inter legata & fideicommiſſa, utique ejus meminiſſent *Vlpian. & Gaius ſub tit. de fideicomm.* ubi harum rerum differentias, ſi non omnes, ſaltem pleraſque & præcipuas recenſent. Quin contra ex Ulpiano didici, legatum damnationis, de quo ferè hic quæritur, & fideicommiſſum ejuſdem eſſe hactenus naturæ, ut eædem res, quæ per unum relinqui poſſunt, poſſint & per alterum, *d. tit. de fideicom.* §. 4. Sed nec magis ex legato damnationis dominium recta in legatarium tranſit, quàm ex fideicommiſſo: ex quo apparet rationem illam differentiæ, quam Bachovius profert,
7 non eſſe uſque adeò elegantem. Quid ſi fundum legatum ſit? Hic æſtimationem deberi negant *Gail. 2. obſ. 154. num. 13. Fachin. 5. contr. 37. Vulz. 1. de feud. cap. 9. num. 72. Petr. Greg. 42. ſyntagm.* 32. Ajunt Peregrin. *de fideic. art. 11. num. 103. & ſeq. Matheac. lib. 2. epiſt. leg. cap. 18. num. 4.* Quorum ſententia probabilior videtur *Bachov. in Treutl. volum. 2. diſput. 13. theſ. 5.* Sed prior apud nos obtinet, ſive teſtator de ſuo feudo diſpoſuerit non interveniente domini conſenſu, *Dir. Grot. 2. manud.* 42. ſive de alieno, niſi aliunde liquidò conſtet teſtatorem & æſtimationem præſtari voluiſſe, uti ſupremam apud Mechlinienſes Curiam cenſuiſſe refert *D. Chriſtin. vol. 6. dec.* 28.

Si ſciebat alienam rem eſſe] Non ſemper res aliena legata debetur: ſed ut ſuperiùs diximus, intereſt, utrùm quis rem alienam legans, ſciverit rem alienam eſſe, an ignoraverit: ſi ſcivit, debebitur; ſi ignoravit, non item, *l. cum alienam* 10. *C. h. t. l. unum* 67. §. *ſi rem eod.* 2. quod etiam nunc docet Imperator, addita hujus rei ratione; *forſitan enim*, inquit, *ſi ſciviſſet alienam rem eſſe, non legaſſet*. Sed unde illud colligimus teſtatorem legaturum non fuiſſe? Ex eo nimirum, quòd nemo facilè credendus ſit hæredem ſuum onerare 8
voluiſſe redemptione rei alienæ, *d. l. unum*, §. *ſi rem, l. Sticho* 20. *in fin. de uſufr. leg.* Atque hinc intelligere licet diſtinctionem illam ad rem hæredis legatam non pertinere, ſed eam omninò deberi, etiamſi teſtator eam ſuam exiſtimans legaverit: nempè cui rei legatæ dominium apud hæredem eſt, tam facilè eam hæres præſtare poteſt, quàm rem quæ defuncti fuit, *d. l. ſi unum*, §. *ſi rem*. Planè aliquando conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indiſtinctè debeatur; veluti ſi relicta ſit perſonæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico ſingulari, aliive tali perſonæ, cui veriſimile eſt teſtatorem quovis modo legaturum fuiſſe, *dict. l.* 10. quod ad legata in piam cauſam relicta traducunt *Tiraq. priv. piæ cauſ. 66. Vaſq. lib. 3. de ſucc. progr. §. 27. n. 41.*

Legatarium probare oportere] Quia ferè in caſu legati rei alienæ quæſtio inter hæredem & legatarium naſci ſolet, dum ille contendit ignoraſſe defunctum rem alienam eſſe, hic contra ſciviſſe, quod porrò aliud dubium parit, utri ſcilicet neceſſitas incumbat probandi, hæredi ne ignoraſſe defunctum, an legatario ſciviſſe: ideò Imperator, quid in hac in re juris eſſet, ſimul definire voluit. Ait autem ab hærede nullam in propoſito probationem exigi, ſed legatarium probare oportere, ſciviſſe defunctum rem alienam eſſe, adjecta hac ratione ex noviſſima juris regula, *l. actor C. de prob. l. 4 C. edendi*, quia neceſſitas probandi incumbit ei, qui agit: qui hic legatarius eſt, non hæres. Hoc idem iiſdem verbis & Marcianus tradidit *l. verius* 21. *de prob.* Accedit tamen huc etiam alia ratio, eaque fortior, quòd hæres præſumptione juris adjuvatur, quæ, etſi actoris partes hæres ſuſtineret, onus tamen probandi rejiceret in legatarium, *l. 8. & 9. eod. tit.* Planè poteſt hoc jus ex circumſtantiis variari: nam ſi apud alium rei legatæ poſſeſſio ſit, neque in ea defunctus quicquam juris habuit, aut ſibi aſſeruit, magna cauſa eſt præſumendi pro legatario, ſciviſſe defunctum, rem alienam eſſe, *add. Gomez. 1. reſ. 12. num. 13. Chriſtin. vol. 4. dec. 32. n. 5. & ſeq.*

TEX-

Digitized by Google

Textus.

De re pignorata.

5. *Sed & ſi rem obligatam creditori aliquis legaverit, neceſſe habet hæres eam luere. Et in hoc quoque caſu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere neceſſe habeat hæres, ſi ſciebat defunctus rem obligatam eſſe: & ita divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expreſſerit, non debet hæres eam luere.*

Notæ.

5. Si rem obligatam] *fac. l.47. de leg.1. l.15. de dot. præl. l.6. C. de fideic.*

Hæres eam luere] In *d.leg.15. liberare*. Luere eſt pignus ſolutione vel ſatisfactione liberare.

Ut ita demum luere, &c. ſi ſciebat] Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: cæterum tunc initio ad legatarii ſollicitudinem pertinet, *d. l. loc.* niſi teſtator eam rem vel aliam non minoris pretii æquè legaturus fuiſſet, ſi ſciſſet obligatam, *d.l.49. eod. 1. l.6. de fideic. ut ſup.* in re aliena, *l.10. C. hoc tit.*

Et hoc expreſſerit] In teſtatoris certa & expreſſa voluntate conjecturis non eſt locus, *l.33. eod. 1.*

Commentarius.

1 *Doctrinæ hujus, §. non obſtare, quod alibi traditur, ſi res certa legata ſit, talem dari debere, qualis eſt.*

2 *Interdum etiam cum teſtator neſcivit rem obligatam eſſe, hæredem eam luere debere, & quibus caſibus.*

Quid juris ſit pignore distracto.

3

Res pignori obligata quodammodò aliena eſt, utpote cujus pretium nobis abſit, quod pro ea liberanda præſtare cogimur, *argum. l. Labeo 14. de verb. ſign.* unde & pignoris obligatio ſpecies quædam alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Atque hinc eſt, quòd in re pignori obligata idem placet, quod in re aliena, ut quemadmodum hæres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam, quę legata ſit, luere, id eſt, nexu pignoris liberare, ſoluta creditori pecunia, *hoc text. l. ſi res 57. de le-*
1 *gat. 1. licet 15. de dot. præl. l. prædia, C. de fideic.* Non obſtat, quod alibi traditur, ſi res certa legata eſt, talem dari debere, qualis eſt; verbi cauſa ſi fundus, qui legatus eſt, ſervitutem debet, eum cum ſervitute rectè præſtari, *l. ſervo 69. §. 3. de legat. 1.* ſi ſervus ſtatu liber legatus eſt, ſtatu liberum rectè dari, *l. ſervum 44. §. pen. & l. ſeqq. §. ult. eod.* Nam hoc de re teſtatoris legata dicitur, ad rem alienam aut ex parte alienam non pertinet, qualis meritò habetur res oppoſita pignori, quoad quantitatem æris alieni. Eadem ratione reſponſum eſt fundo legato, cujus uſusfructus alienus eſt, hæredem hunc uſumfructum redimere debere, quoniam ſcilicet & in uſufructu res aliena legata videtur: nam etſi uſusfructus non in parte, ſed in jure conſiſtit, emolumentum tamen rei continere, & ideò inſtar obtinere portionis, *l. Mævius 66. §. pen. l. cum filius 76. §. dominus 2. de legat. 2.* Planè, ſi quis prædium legavit obligatum pro annuo reditu, hoc caſu non eſſe cogendum hæredem prædium liberare, poſt Joan. Fab. D. Tuldenus *hic cap. 11.* annotavit; & ita obſervari ait, quoniam ejuſmodi onera plerumque perpetua ſunt, inſtar ſervitutis rei inhærentia, ut proinde non ſit præſumendum, teſtatorem cogitaſſe de liberatione, *deciſ. Cur. Holland. 11. in fin.*

Ita demum, ſi ſciebat defunctus] Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: cæterum tunc res à legatario luenda eſt, *dd. loc.* Duo ſunt caſus, qui- 2
bus placet etiam tunc cum ignoravit defunctus rem obligatam eſſe, hæredem pignus luere debere. Unus eſt, ſi teſtator eam rem vel aliam non minoris pretii æquè legaturus fuiſſet, ſi ſciſſet obligatam, *d. l. ſi res de legat. 1. d. l. prædia, Cod. de fideic.* de quo conſtare poterit, ſi vel teſtator id aliquando apertè profeſſus ſit, aut ſi rem conjunctæ perſonæ legaverit, ut ſupra in re aliena, *arg. l. cum alienam, C. de leg.* Alter caſus eſt, cum debitum exæquat aut ſuperat pretium rei pro eo obligatæ: quoniam hoc caſu legatarius ipſe rem liberans nihil reliqui habiturus eſſet, atque inani legato, quod veriſimile non eſt defunctum voluiſſe, luditicaretur, *d. l. ſi res in pr.* ubi ita legendum eſt, *vel niſi non poteſt aliquid eſſe ſuperfluum ex ſoluto ære alieno*, ut editiones Roberti Stephani, Petri Budozæ & nonnullæ aliæ habent, & in ſua notat Jul. Pacius: non ut vulgò legitur, *vel poteſt aliquid eſſe ſuperfluum, &c.* Nam hac lectione retenta, hic Juriſconſulti ſenſus fuerit, ut rectè Fachin. *lib. 12. contr. 34.* quotieſcumque plus eſt in re legata, quàm in debito, pro quo obligata eſt, hæredem eam luere debere, etiam ubi neſcivit teſtator obligatam eſſe, quod & verum eſſe exiſtimat Fachin. *d. loc. & D. Tulden. hic c. 11.* Atqui tunc regula convertenda erit: quoniam rariſſimè ſit, ut creditores pignus accipiant, cujus æſtimatio non ſuperet quantitatem crediti. Donellus *8. comm. 19* alium ſenſum vulgatæ lectioni affingit, nimirum cum debitum excedit pretium rei legatæ, quam teſtator obligatam neſciebat, pro ea quidem quantitate, quæ rei pretio reſpondeat, legatarium luiturum: cæterum, quod reſtat adhuc exſolvendum, ut pignus in totum liberetur, id ab hærede præſtandum: quam interpretationem verba iſta, *ſi poteſt eſſe aliquid ſuperfluum ex ſoluto ære alieno*, minime ferunt. Illud hic monendi ſumus, tunc ſolum hæredem poſſe pignus luere, cum id nondum à creditore legitimè diſtractum
eſt. Diſtracto pignore res in priorem ſpeciem 3
rei alienæ legatæ incidit, utpote dominio pignoris jure in alium tranſlato, *l. non eſt novum 46. de acq. rer. dom. l. ult. C. ſi vend. pign. agat.* Proinde hoc

Vinnius in Inſtitut. Gg caſu

caſu id ſupereſt, ut hæres aut redimat, aut ſi redimere non poſſit, æſtimationem ejus præſtet: niſi contraria defuncti voluntas ab hærede oſtendatur, *d.l. prædia, C. de fideic.*

Voluerit legatarium luere, & hoc expreſſerit] Ratio manifeſta eſt, quia in certa voluntate teſtatoris conjecturis non eſt locus, ſed ſimpliciter ſtandum eſt voluntati defuncti, *l. ſi pluribus 33. de legat.* 1.

TEXTUS.

De re aliena, poſt teſtamentum à legatario acquiſita.

6. *Si res aliena legata fuerit, & ejus rei vivo teſtatore legatarius dominus factus fuerit, ſi quidem ex cauſa emptionis, ex teſtamento actione pretium conſequi poteſt: ſi verò ex cauſa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia ſimili cauſa, agere non poteſt. Nam traditum eſt, duas lucrativas cauſas in eumdem hominem & eamdem rem concurrere non poſſe. Hac ratione ſi ex duobus teſtamentis eadem res eidem debeatur, intereſt, utrùm rem, an æſtimationem ex teſtamento conſequutus ſit. Nam ſi rem habet, agere non poteſt, quia habet eam ex cauſa lucrativa: ſi æſtimationem, agere poteſt.*

NOTÆ.

6. *Ex cauſa emptionis*] Aliave cauſa oneroſa, veluti permutationis vel dotis, *l.19.de obl.& act.*

Traditum eſt duas lucrativas, &c.] Omnes debitores, qui ſpeciem ex cauſa lucrativa debent, liberantur, cum ea ſpecies ex cauſa lucrativa ad creditores pervenit, *l.17.de obl. & act. fac.l.108.§.4.de leg.1.l.66.§.1.eod.2.l.83.§.6.de v. obl.l.61. de ſolut.* Ratio eſt, quia cum creditoris jam res eſſe cœpit, in eum caſum devenit obligatio, à quo incipere non potuit, *§. 10. inf. de inut.ſtip.§. 14. inf. de act.* Diverſa ratio eſt cauſæ oneroſæ; quia cui pretium abeſt, ei adhuc res ipſa abeſſe videtur, *l.14. de verb. ſign.*

Verùm rem, an æſtimationem] Ratio eſt, quia non ut æſtimatio re continetur, ita res æſtimatione, *l.88.de verb.ſign.* Cum hac diſtinctione accipienda *l.34. §.1. de leg.* 1.

COMMENTARIUS.

1 *Diſtinctionem hoc §. traditam locum habere cùm res legata mortuo teſtatore ad legatarium pervenerit.*
2 *Duarum cauſarum lucrativarum in eamdem rem & perſonam concurſum eſſe ſpeciem liberationis, & quò ea pertineat.*
3 *Quid ſi eadem res eidem ſæpiùs legata ſit eodem teſtamento.*
4 *Quid ſi eadem quantitas eidem legata vel unius teſtamento, vel duorum.*
5 *Si duorum teſtamentis eadem res relicta ſit, eum qui rem nactus eſt, poſſe ex altero adhuc æſtimationem petere, non contra, & cur tam variè.*

SI res legata tempore facti teſtamenti legatarii fuit, legatum inutile eſt, ut docetur *inf. 6.ſed ſi rem.* 10. Quòd ſi eo tempore aliena eſt, & legatarius poſtea ex alia cauſa dominium ejus nactus ſit, placet, inſpiciendum eſſe, quali ex cauſa nactus ſit, ex oneroſa, an lucrativa: ſi ex cauſa oneroſa, actione ex teſtamento eum agere poſſe, & pretium conſequi: contra ſi ex lucrativa, non poſſe, propter regulam, quæ definit, duas cauſas lucrativas in eamdem rem & perſonam concurrere non poſſe: quam ſtatim explicabimus. Cauſa oneroſa eſt, ex qua rem ita accipimus, ut pro ea aliquid viciſſim præſtemus: quod accidit in emptionibus & permutationibus. Dotis etiam cauſa oneroſa intelligitur, *l. ex promiſſione 19. de obl. & act.* Lucrativa cauſa eſt, propter quam accipienti nihil abeſt, quales ſunt legatum, fideicommiſſum, donatio, *l.4.§. ſi quis 6.de dol.mal.exc.d.inter 83.§.ſi rem.6.de verb. l.in perpetuum 61.de ſolut.l.un.§. lucrativas, C. de imp. lucrat. deſcrip.*

Si res aliena legata fuerit] Ab eo ſcilicet, qui ſciebat, rem alienam eſſe: alioqui legatum inutile eſt, niſi ſingulari conjectura voluntatis ſuſtineatur, ut oſtenſum ſuprà in explicatione §.4.

Vivo teſtatore] Exempli cauſa hoc dictum putant Gloſſ. & DD. idemque obtinere, quamvis 1
id contigerit teſtatore mortuo: quibus aſſentior. Nam etſi hæreditatem aditam ponamur, ex quo hæres debitor efficitur; idem tamen dicendum eſſet, nempe hæredem liberari, ſi antequam rem redimere & præſtare poſſet, ea ex alia cauſa lucrativa ad legatarium pervenerit, juxta regulam generalem traditam *in l.omnes 17. de obl. & act.* Proinde frivolum eſt, quod obiicit Bachov. diem legati cedere à morte teſtatoris. Sed quid ſi legatarius eamdem rem iterùm vivo teſtatore alienaverit, an legatum convaleſcet? Negant comm. DD. Sed ego ſubſiſto propter *l. non quocumque 82. in pr. de legat.*1. qui locus arguere videtur, cum effectu obligationem in propoſito non extingui, niſi die legati cedente dominium rei adhuc apud legatarium exiſtat.

Ex cauſa emptionis &c. pretium conſequi poteſt] *l. planè 34. §. quod ſi 7. de legat. 1. add. l. ſi à ſubſtituto 45. l. hujuſmodi 84. §. qui ſervum 5. eod. tit.* & quidem ſi rem totam emit, aliove oneroſo titulo acquiſivit, pretium totius; ſi non totam, ſed partem, pretium partis, quam emit, conſequetur, *d.l. non quocumque §.3.*

Duas cauſas lucrativas in eumdem hominem & eamdem rem] Definitio generalis, cui locus eſt non tantùm, ſi ex cauſa legati aut fideicommiſſi res debeatur, *l. ſi ſervus 108. §. Stichum de legat. 1. l. Mævius 66.§.1. de legat.2. l. natu. 21. §. 1. de legat.*

Digitized by Google

*legat.*3. ſed etiam ſi ex aliis cauſis ſimiliter lucrativis, *d. l.omnes* 17. *de obl. & act. l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſi rem* 6. *de verb. obl. l. in perpetuum*
2 61. *de ſolut.* Eſt enim duarum lucrativarum cauſarum circa eamdem rem & perſonam concurſus ſpecies liberarionis, *d.l.omnes de ob. & act.* quæ ut ego exiſtimo, referenda eſt ad eas cauſas, in quibus res incidit in eum caſum, unde incipere non potuit, §. 2. *infr. de inut. ſtip.* Cùm enim res, quæ ex lucrativa cauſa debetur, ad creditorem pervenit ex alia cauſa lucrativa, cœpit res ejus eſſe, ut jam ampliùs ejus fieri non poſſit, §. *ſic itaque* 14. *inf. de act.* Dices, idem contingere, ſi res ad creditorem pervenit ex cauſa onerosa. Cur igitur pariter hoc caſu non accidit, ut alius liberetur, qui eamdem rem ex cauſa lucrativa debet? Nimirum quia cùm ex cauſa onerosa creditor rem nactus eſt, licèt domini jure non minùs, quàm ſi ex cauſa lucrativa nactus eſſet, rem habeat: emolumento tamen non videtur habere, eòque nec ad eum perveniſſe, ſecundùm veterum doctrinam, qui ſic definiunt, rem abeſſe videri ei, cui pretium abeſt, *l.Labeo* 14. *de verb. ſign.* Porrò locus eſt propoſitæ regulæ, ſi certa res ſit aut ſpecies, quæ debeatur; nam ſi certa quantitas aut ſumma bis, verbi cauſa, legata ſit, non poteſt dici eamdem rem deberi, *l.planè* 34. §. 3. *de leg.* 1. *l.Titia* 87. *de legat.* 2. quamvis ſi ab eodem multiplicatio legati non præſumatur, *dict.l. planè* §. 3. Exigit regula, ut ea ſpecies ad creditorem pervenerit, *d.l.omnes, de obl. & act.* quæ verba cum effectu accipienda ſunt, ſi ſic pervenerit, ut ſi manſura: alioqui ſi in ea cauſa ſit, ut avocari poſſit, aut ea lege legata, ut alteri reſtituatur, definitio locum non habet, *l.non quocumque* 82. *in pr.* & §. 1. *de leg.* 1. *leg. in perpetuum* 61. *de ſolut. fac. leg. aliud* 71. *de verb. ſign.*

3 *Si ex duobus teſtamentis eadem res*] Ait *duobus*, id eſt, *duorum teſtamentis*. Nam ſi eadem res eidem ſæpiùs legetur eodem teſtamento, ampliùs quàm ſemel peti non poteſt, ſufficitque vel rem conſequi vel rei æſtimationem, *l. planè* 34. §. 1. *de leg.* 1. Quippè ſæpiùs idem legando non ampliat teſtator legatum, *l. ſi alii* 42. *de uſufr.* nec tam legaſſe ſæpiùs, quàm ſæpiùs locutus creditur, *l.Mævius* 66. §. *cum* 5. *de legat.*2. *l. ſi tibi* 86. §. 1. *de legat.* 1. niſi manifeſtè conſtet ampliandi legati cauſa ſæpiùs legaſſe: ut in hac ſpecie. Duos quis ſcripſit hæredes, & damnavit unumquemque ſolidum legatario præſtare; hic idem eſſe reſponſum eſt, atque ſi duobus teſtamentis legatum eſſet, *l.quid ergo* 53. §. 2. *de leg.* 1. Ait *ea-*
4 *dem res*, id eſt, *eadem ſpecies, idem corpus*, nam ſi eadem quantitas eidem duobus teſtamentis relicta ſit, puta centum aurei, ſolidum legatum ex utriuſque teſtamento peti poteſt: quamvis ſi in eodem teſtamento, non aliter placeat legatum ſæpiùs præſtandum, quàm ſi legatarius doceat teſtatorem multiplicare ſummam voluiſſe: præſumitur enim potiùs repetiſſe legatum, quàm voluiſſe multiplicare, *d.l. planè* § 3. niſi forte diverſis ſcripturis legaverit, puta teſtamento & codicillis: tunc enim ſi hæres contrarium oſtendat, legatum duplicatum præſumitur, *l.*12. *de probat.* & ibi Gloſſ. & *comm. DD. Duar. ad d.l. planè*, ubi occurrit argumentis Zaſii hanc diſtinctionem impugnantis: aut ſi variaverit teſtator modos legandi in quantitate vel qualitate, conditione tempore, loco, vel cauſa: nam & tunc ampliaſſe legatum creditur, niſi contrarium doceatur, per *l.cum centum* 9. *de adim. leg. Bald. Caſtr. Raphael. Iaſ. in d.l. planè*, §. 1. *Gomez* 1. *reſolut.* 12. *num.*38.

Utrùm rem, an æſtimationem] Igitur quod 5
ſcriptum eſt in *d.l.planè* §. 2. ſi duorum teſtamentis mihi eadem res legata ſit, bis petere me poſſe, ut ex altero teſtamento rem conſequar, ex altero æſtimationem, id cum diſtinctione accipiendum eſt, ut ſi priùs æſtimationem ex altero conſecutus ſim, altero rem adhuc petere poſſum: non autem, ut poſſim de æſtimatione agere, ſi rem antea conſecutus fuero; eoque jure utimur, Grot. 2. *manuduct.* 22. Non obſtat huic diſtinctioni *l. hujuſmodi* 84. §. 2. *de legat.* 1. ubi per exceptionem repelli dicitur, qui pretium rei legatæ accepit: nam in ſpecie *d.l.* hæres Titius id dumtaxat legaſſe intelligitur, quod ipſe in re legata habuit, videlicet jus per biennium retinendi, ut eo legato nihil præter commodum repræſentationis contineatur. Rationem propoſitæ diſtinctionis ſuppeditat *l. tantùm* 88. *de verb. ſign.* ubi docet Juriſconſultus, eum, qui rem habet, & æſtimationem habere intelligi: contra qui æſtimationem habet, non videri habere rem ipſam: re enim æſtimationem contineri, æſtimatione rem non contineri: ut proinde ſi is, qui rem habet, æſtimationem petat, id petere intelligatur, quod jam habet: qui æſtimationem adeptus eſt, ſi rem petat, id petere, quod non habet. Adhæc etiam affectio ad rem eſſe poteſt ſupra æſtimationem, *l.ſi in emptionem* 35. *de minor.*

TEXTUS.

De his quæ non ſunt in rerum natura.

7. *Ea quoque res, quæ in rerum natura non eſt, rectè legatur; veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.*

NOTÆ.

7. *Ea quoque res, &c.*] Ex Pomp. *l.*24. *cond.* Marcian. *l.*17. *eod.*3. & pro puro hoc legatum habetur, quoad tranſmiſſionem, *l.*25. §. 1. *quand. dies leg. l.* 99. *de cond. & dem.* pro conditionali, quoad obligationem, *l.*5. *de trit. leg.*1. §. *ultim. de cond. & dem.*

COMMENTARIUS.

1 *Purumne ſit legatum, de quo hìc agitur, an conditionale, & pleniùs num.*2.

QUæ in rerum natura non ſunt nec actu, nec potentia, fruſtra & inutiliter legantur, veluti ſi hippocentaurus legetur, aut homo, qui mortuus ſit; quemadmodum & ſtipulatio harum rerum inutilis eſt, *§.1. inſ. de inut. ſtip. fac. l. ſervus 108. §. qui quinque 10. de leg. 1.* Quod verò in rerum natura nunc quidem non eſt, ſed futurum eſt, aut futurum ſperatur, legari poteſt, licèt fieri poſſit, ut actu in rerum natura nunquam exiſtat: veluti ſi fructus legentur, qui in fundo Tuſculano naſcentur, vel quod ex Areſcuſa natum erit, aut inſula in flumine naſcitura, *l. quod in rerum 24. in pr. de leg. 1. l. etiam ea 17. de legat. 3. l. 1. §. ult. de cond. & dem.* cujuſmodi tamen rerum legatum olim per damnationem tantum relinqui potuiſſe docet Gajus *lib. 2. inſt.*
3 *de legat.* §. 3. De eo quæritur, purumne ſit hujuſmodi legatum, an conditionale. Dicendum eſt pro puro haberi, quoad transmiſſionem; pro conditionali, quoad obligationem, cum *Gloſſ. & DD. comm. ad l. cum illud 25. §. 1. quan. dies leg. ced. Gomez. 1. reſ. 12. num. 24.* quod mox perfectiùs intelligetur.

Fructus qui in illo fundo] Ille caſus huc non pertinet, quando quis ſimpliciter legat certam quantitatem frumenti, vini aut olei; quæ omninò præſtanda eſt: ſed quando legantur fructus, aut certa quantitas fructuum, qui nati erunt in hoc vel illo fundo; puta hoc modo, *fructus, qui naſcentur in fundo Tuſculano, hæres dato*, vel hic expreſſa certa quantitate, *centum amphoras vini ex eo, quod natum erit in fundo Semproniano, hæredem meum dare jubeo, d. l. quod in rerum 24.*
2 *de legat. 1. l. 1. de tritic. vin. leg.* Ex his autem legatis, ſi nihil natum ſit, nihil debetur; ſi non tantum, quantum legatum, non amplius debetur, quàm quantum natum eſt, proinde quaſi teſtator per modum taxationis legaſſet, *ſi hoc vel tantum natum fuerit, d. l. 5. de tritic. leg. l. 8. §. 2. de leg. 2.* & hoc eſt, quod Pomponius ſignificat, cum ait ineſſe hujuſmodi legatis conditionem, *l. 1. §. ult. de cond. & dem.* ex natura nimirum ipſius rei, *l. interdum 73. in pr. de verb. obl.* extrinſecùs, non ex teſtamento venientem. Hujuſmodi autem generis conditiones, cùm non impediant, quominùs dies legati à morte teſtatoris cedat, mortuoque, licèt nondum natis fructibus, legatario, ſpes legati transmittatur ad hæredem, *l. cum illud 25. §. ult. junct. l. 6. §. 1. quand. dies leg.* inde dictum eſt, tales conditiones non facere legata conditionalia, *l. conditiones 99. de cond. & dem.* quia nimirum præcipuus hic eſt legatorum conditionalium effectus, ut non transmittantur pendente conditione, *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg.* Non obſtat *l. cum ita 16.*
1 *eod. tit.* loquitur enim de legato alternativo, & tali ſpecie, in qua duplex eſt dubium, & quid naſciturum, & quid hæres electurus ſit: nondum autem edito partu electioni locus non eſt. Utique verò legatum futurorum fructuum, earumque rerum, quæ poſtea naſcentur, pro conditionali hactenus habetur, ut nulla eo nomine obligatio aut actio eſſe intelligatur, antequam res natæ ſint; & tunc demum actio incipiat, cum per rerum naturam præſtari poſſunt, *d. l. interdum 73. de verb. obl.* Obiter & illud hic monendus es, non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructuum, etiamſi fundus adjectus ſit non taxationis, ſed demonſtrationis cauſa, eoque caſu integrum legatum deberi, etſi ex fundo adjecto tantum percipi non poſſit, *l. Lucius 12. de alim. leg. l. Paula 27. §. ult. de legat. 3.*

TEXTUS.

De eadem re duobus legata.

8. *Si eadem res duobus legata ſit, ſive conjunctim, ſive disjunctim, ſi ambo perveniant ad legatum, ſcinditur inter eos legatum: ſi alter deficiat, quia aut ſpreverit legatum, aut vivo teſtatore deceſſerit, vel alio quoque modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti ſi quis dicat,* Titio & Sejo hominem Stichum do, lego. *Disjunctim ita,* Titio hominem Stichum do, lego: Sejo hominem Stichum do, lego. *Sed & ſi expreſſerit* eumdem hominem Stichum, *æquè disjunctim legatum intelligitur.*

NOTÆ.

8. *Scinditur inter eos legatum*] Id eſt, partes faciunt concurſu, *l. 3. de uſufr. accreſ. l. 80. d. leg. 3. l. 7. C. eod.*

Si alter deficiat, totum ad collegatarium] Si plures ſint vel conjuncti vel disjuncti, pars deficiens omnibus accreſcit ex æquo. Si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur; disjunctorum partes accreſcunt omnibus, ſic tamen, ut conjuncti unius perſonæ poteſtate fungantur, *l. 34. eod. 1. l. 89. eod. l. un. §. 10. Cod. de cad. toll.* Conjunctis autem accreſcit cum onere, disjunctis ſine onere: illis non niſi volentibus, his etiam invitis, *d. l. un. §. 11.*

Titio & Sejo hominem Stichum do, lego] Hi re & verbis conjuncti dicuntur, *l. 142. de verb. ſignif.* Quòd ſi teſtator adjecerit, *æquis partibus*, tum verbis conjuncti erunt duntaxat, *d. l. 142. d. leg. 89.* inter quos tamen & ipſos juri accreſcendi locus, ut evincit *d. l. 89.* nam jus prælationis, quod illic eis tribuitur, neceſſariò præſupponit jus accreſcendi.

Disjunctim] Separatim, pluribus orationibus. Sunt tamen & hi conjuncti reſpectu rei, ad quam vocantur: unde & re conjuncti dicuntur, triplex enim conjunctio eſt, *d. l. 142. d. l. 89.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſit jus accreſcendi.*
2 *In hæreditatibus ad jus valere ex neceſſitate: unde ea neceſſitas, & qui ejus effectus.*

Digitized by Google

3 *Deficientium hæredum portiones quibus pro qua parte accreſcant.*
4 *Valere idem jus & in legatis, ſed ex ſola præſumpta voluntate teſtatoris: unde diſſimilia effecta, & quæ.*
5 *Vetus inter genera legatorum circa jus accreſcendi differentia.*
6 *Juri accreſcendi locum non eſſe, niſi inter conjunctos, & genera conjunctorum expoſita.*
7 *Qui hic & paſſim disjuncti dicuntur, eos & ipſos verè conjunctos eſſe, & n. 10.*
8 *Quibus pro quarta parte defecta pars collegatarii accreſcat.*
9 *Inter legatarios diverſarum rerum jus accreſcendi non eſſe.*
10 *Singulos, tam conjunctorum, quàm disjunctorum diverſa conſideratione, rectè & totum habere dici, & partes.*
11 *Quid ſit partem ab initio facere, notato Gothofredo & Goveano.*
12 *Locus Ulpiani in l. planè §. ſi conjunctim de legat. 1. expoſitus, rejecta interpretatione Ant. Fabri.*
13 *An partem faciat, qui è conjunctis tempore teſtamenti mortuus eſt, aut incapax.*
14 *An conjuncti poſt obitum teſtatoris mortui portio conjuncto accreſcat.*
15 *An inter verbis conjunctos jus accreſcendi locum habeat.*
16 *Quibus argumentis probari videatur, verbis conjunctos re conjunctos non eſſe: quibus item contra.*
17 *Communis ſententiæ, quòd etiam inter verbis conjunctos jus accreſcendi valeat, pleniſſima defenſio.*
18 *Quid hic juris apud nos, & quid in legato alimentorum.*

TAngitur hic diſputatio de jure accreſcendi,
qua nulla in toto jure noſtro creditur eſſe vel
ſubtilior, vel perplexior. Jus accreſcendi eſt, quo
1 deficientium hæredum ejuſdem hæreditatis, aut
collegatariorum ejuſdem rei portiones adjiciuntur
iis, qui ſuam portionem agnoverunt. Appellatione
hæredum, & bonorum poſſeſſores intelligimus,
*l. 3. §. ult. de bon. poſſ. junct. l. hæreditatis 138.
de reg. jur. & l. 2. d. tit. de bon. poſſ.* & eos quoque
quibus ex fideicommiſſo reſtituta eſt hæreditas,
*l. Papin. 43. cum l. ſeq. §. 1. l. antepen. ad Trebell. ſi
totam 83. de acq. hær. Gomez. 1. reſol. 5. n. 19.* Appellatione
legatariorum etiam fideicommiſſarios
ſingulares & donatarios mortis cauſa, *l. ult. §. un.
C. de cad. toll.* Valet hoc jus in hæreditatibus ex
neceſſitate. Neceſſitas naſcitur ex duobus juris
principiis: unum hoc eſt, *Neminem hæreditatis
2 ſibi delatæ partem ſemel quæſitam repudiare poſſe*,
l. 4 C. de rep. hær. Alterum, *Neminem ejuſdem hæreditatis,
quæ alium hæredem non habet, partem
habere poſſe, partem repudiare, l. 1. & l. 1. de acq.
hær. l. quidam 20. C. de jur. del. l. un. §. his ita 10.
C. de cad. toll.* Quin nec ipſum teſtatorem hoc jus
in hæredibus prohibere poſſe, demonſtravimus
Vinnius in Inſtitut.
ſup. in §. hæreditas 5. de hær. inſt. Si verò non prohibuerit,
interpretatione juris etiam quaſi ex voluntate
ejus inducitur tamquam ex tacita ſubſtitutione,
*l. ſi Titio 61. §. 1. de legat. 2. vid. Obſerv.
Hill. in not. ad Don. lib. 7. c. 12. & 26.* Ergo qui ex 5
aliqua parte hæres extitit, ſive ex teſtamento
ſive ab inteſtato, ei invito etiam & ignoranti
deficientium portiones accreſcunt, *l. hæredi
31. l. qui ex duabus 53. §. 1. de acq. hæred. l. 9. de
ſuis, & leg. hæred.* & accreſcunt ſemper cum ſuo
onere, æris ſcilicet alieni & legatorum, *d. l. un. §.
his ita, C. de cad. toll.* Si plures ſint, qui portionem
ſuam agnoverunt, defectæ partes accreſcunt
omnibus, qui agnoverint, ſi omnes conjuncti aut
disjuncti ſint: ſin promiſcuè conjunctim disjunctimque
inſtituti, aut ab inteſtato vocati, deficientis
disjuncti portio omnibus, conjuncti ſolis
conjunctis accreſcit ex tacita voluntate teſtatoris
aut legis. Accreſcit verò ſingulis non ex æquo,
ſed pro portionibus hæreditariis; & in diſtributione,
ſi permiſtim inſtituti ſint disjuncti & conjuncti,
placet conjunctos unius poteſtate perſonæ
fungi, ut non plus univerſi auferant, quàm
ſinguli disjuncti, *l. plane 34. in pr. de legat. 1. l. un.
§. his ita.* Eademque ratio eſt hæredum legitimorum,
cum alii conjunctim ſeu nomine collectivo,
alii ſeparatim vocantur: quod fit, cum quidam in
ſtirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes,
§. cum filius 6. inſ. de hær. quæ ab int. fratres & fratrum
filii, *Nov. 118. §. 3.* Valet idem jus & in legatis 4
inter collegatarios ejuſdem rei; verum effectu
nonnihil diſſimili: namque in legatis locum
habet non ex neceſſitate aliqua aut diſpoſitione
juris, ſed ex ſola præſumpta voluntate teſtatoris
eamdem rem pluribus legantis: quippe quos ſingulos
partem quidem habere velle intelligitur, &
legatum ſcindi, ſi concurrant: ſi verò non concurrant,
ſolidum, poſtpoſito hærede. Proinde & inter
collegatarios ejuſdem rei prohiberi accretio poteſt;
& ſi ſingulis res ſingulæ relictæ ſunt, uno deficiente,
portio ejus non accreſcit collegatariis, ſed
in hæreditate manet, augetque jus hæredis, cui &
ab initio relinqui potuiſſet, *l. hujuſmodi 84. §. pen.
de legat. 1.* Deinde cum deficientis hæredis portionem
cohæres etiam invitus & cum onere ſemper
accipiat, collegatarius ut plurimum nec invitus,
nec ſemper cum onere partem accipit deficientis
collegatarii. In quo hæc diſtinctio Juſtiniano
probata videtur, ut ſiquidem conjunctim
eadem res duobus legata eſt, portio deficiens volenti
tantum, ſed cum onere accreſcat; ſi ſeparatim,
invito quidem, ſed ſine onere, *l. un. §. ubi 11.
C. de cad. toll.* Ratio eſt, quia cum conjuncto ex
perſona deficientis portio defecta deferatur, poteſt
eam non admittere; quoniam deficiens potuit:
ea autem admiſſa etiam onus ei adjunctum
ſubire debet, *arg. l. qui in jus de reg. jur.* Utrumque
contra in disjuncto, quia ex ſua ipſius perſona
ſolidum habet, ſuumque magis non diminutum
retinet, quàm conſequitur alienum, ut huic
potius non decreſcere, quàm portio deficientis
accreſcere videatur; ſic enim Juſtinianus diſpu-

Digitized by Google

tat *in d.l. un. §. ubi, verſ. ſi verò, & facit l.4. de*
legat.2. add. Gomez. 1. reſol. 10. num. 42. Bart. &
comm. DD. in d.l. un. & in l. re conjuncti 89. de
legat.3. Duar.1. de jur. accreſc. c.1. Jure veteri fuit
5 in hac quæſtione nonnulla in legatis ipſis diffe-
rentia : nam ſi conjunctim eadem res per vendi-
cationem legata fuerat, pars deficiens accreſce-
bat; ſi per damnationem, manebat penes hære-
dem: at utroque caſu poſt legem Juliam Papiam
fiebat caduca, ſi disjunctim ſingulis ſolidum de-
bebatur; ſed in legato vendicationis concurſu
partes fiebant, & non altero concurrente totum
collegatarius auferebat, ſive jure accreſcendi ſi-
ve non decreſcendi : in legato damnationis unus
rem, alter pretium rei ab hærede percipiebat, ut
in hoc genere legati nullo caſu locus pateret juri
accreſcendi: teſtes *Ulp.tit.24. Gajus lib.2.tit.5.* at-
que ex parte Juſtinianus *d.l.un. §.ult.* Hæc diffe-
rentia etſi novo jure unà cum caducis ſublata eſt,
& jus accreſcendi admiſſum inter omnes, quibus
eadem res quocumque genere legati & quocum-
que modo relicta; ideò tamen notanda fuit, quia
paſſim veſtigia ejus adhuc apparent in reſponſis
veterum, quæ non ſatis accuratè ad normam no-
vi juris à Compilatoribus deſcripta ſunt; quod
eſt maximè, quod hanc quæſtionem tam perple-
6 xam facit. Porrò autem cum non niſi inter con-
junctos (nam & disjuncti qui dicuntur, ratione
rei conjuncti ſunt) locus ſit juri accreſcendi, nec
olim etiam fuerit, inde nata quæſtio de conjun-
ctis eorumque differentia, quem locum tractat
Paul. l. triplici 142. de verb. ſign. & l. re conjunctis
89. de legat. 3. ex cujus diſputatione diſcimus,
conjunctos generaliter dici omnes, qui ad eam-
dem hæreditatem aut rem vocantur, ſive uno
ſermone ſive diverſis; & in propoſito quibus ea-
dem res ab eodem teſtatore legata eſt. Cæterum
hos ſolos, non alios, ac proinde nec eos, quibus
res diverſæ, quamvis una oratione, *l. hujuſmodi*
84. §. pen. de legat. 1. nec quibus res eadem à diver-
ſis teſtatoribus, *l. ſi ſub conditione 16. quib. mod.*
uſufr. am. nec quibus ſeparatim partes ejuſdem
rei legatæ ſunt, *l. 1. in fin. pr. de uſufr. accreſc.* jus
7 conjunctionis aut accreſcendi habere. Cæterum
licèt conjuncti omnes conjuncti ſint in eamdem
rem; ex verborum tamen forma & conceptione
dividuntur, *d.l. triplici & d.l. re conjuncti*, in tres
ſpecies, ut alii dicantur re conjuncti tantùm,
quorum ſcilicet ſinguli ſeparatim, ſeu diverſis
orationibus ad eamdem hereditatem aut rem vo-
cantur, ut, *Titius hæres eſto: Sejus hæres eſto. Titio*
fundum Tuſculanum do, lego: Sejo fundum Tuſcu-
lanum, aut eumdem fundum do, lego; alii re & ver-
bis ſimul, quos ſcilicet & nominum & rei com-
plexus jungit, ut, *Titius & Sejus hæredes ſunto.*
Titio & Sejo fundum Tuſculanum do, lego: alii de-
nique verbis tantùm, qui eadem oratione ad
eamdem ſucceſſionem aut rem vocantur additis
his verbis, *æquis partibus*; veluti, *Titius & Sejus*
hæredes ſunto æquis partibus. Titio & Sejo fundum
illum æquis partibus do, lego. Hæc diviſio primùm
eo comparata eſt, ut intelligamus in omni ſpecie
harum conjuctionum jus accreſcendi valere;
nam ubi jus conjunctionis eſt, ibi jus eſt accre-
ſcendi, & contra, *l. ſi ſub conditione 16. quib. mod.*
uſ. am. nec diſputatio de conjunctis ob alium fi-
nem inſtituta eſt, quàm ut ſciremus, inter eos,
qui conjuncti ſunt, jus accreſcendi eſſe, inter
alios non eſſe; quamvis ſint, qui verbis conjun-
ctos excludant, de quo pleniùs poſtea. Deinde
ex ea quoque diſcimus, omnes conjunctos non
æquè conjunctos eſſe, ſed alios aliis conjunctio-
res, & nimirum eos, quos etiam oratio conjun-
git, magis conjunctos, quàm quos conjungit res
tantùm oratio ſeparat; unde eſt, quòd hi cum il-
lis comparati disjuncti paſſim appellantur, illi
ſoli conjuncti, *l. planè 34. in pr. de legat. 1. l. hære-*
des 63. de hær. inſt. d.l. un. §. 20. & ſeq. C. de cad. toll.
& apud Ulp. & Gai. eſtque arctiori hujus con-
junctionis effectus inſignis in eo, quòd utroque
modo conjuncti in portione deficientis potiores
habeantur & oratione ſeparatos excludant, *d. l.*
re conjuncti de leg. 3. d.l. ſi hæredes de hær. inſt. d.l.
un. §. his ita verſ. ſin verè, ubi etiam hujus rei ratio
affertur. Planè, ſi teſtator plures una oratione
comprehenderit, non eo animo, ut eos conjun-
geret, quod plerumque fit, ſed brevitatis ſtudio
celeriùs loquens, deque eo conſtet, tum ſi quis
ex his defecerit, cæteri non plus in hujus portio-
ne juris habebunt, quàm alii, qui apertè oratio-
ne ſejuncti ſunt *l. ſi quis 66. de hær. inſt.* Quicquid 8
autem & hic accreſcit, nulli accreſcit, niſi qui
portionem ſuam agnovit; ſi plures agnoverint,
ſingulis accreſcit pro virilibus & æquis portioni-
bus, quemadmodum & ab initio omnibus in ca-
ſum concurſus æquæ & viriles partes datæ intel-
liguntur, *d.l. un. § ubi autem l. legata 19. §. ult. im. l.*
ſervum 67. §. 4. de legat. 1. Si conjuncti & disjuncti
commixti ſint, conjucti in diviſione unius perſo-
næ vicem ſuſtinent, nihilò plus ut accipiant om-
nes, quàm unus ex disjunctis. *l. planè 34. in pr. d.*
tit. d.l. un. §. his ita. Exempla jam ſibi quiſque ſine
negotio formare poterit. In accretione uſusfru-
ctus quædam ſunt peculiaria, quæ à nobis notata
ſunt ſub *§. ult. ſup. de uſufr.* Attigi ſtrictim pleraq;
omnia, quæ in hac materia viſa ſunt cognitu ma-
ximè neceſſaria, quibuſque perceptis res tota ut-
cumq; intelligi, & de pleriſq; controverſiis judica-
ri poterit: nonnulla etiā latiùs declarabo inferiùs.
Eadem res] Quod obiter antea tetigimus, hic 9
prolixiùs explicandum eſt, nimirum non eſſe jus
accreſcendi, niſi ad eandem rem plures vocati
ſint, aut quemadmodum hic dicitur, niſi eadem
res pluribus legata ſit: inter diverſarum rerum le-
gatarios non eſſe, ſive ſingulis legetur ſeparatim,
puta hoc modo, *Titio Stichum do lego: Mævio*
Pamphilum do, lego; ſive etiam una oratione con-
junctim, ut, *Titio, & Mævio ſingulos ſervos do, le-*
go, l. hujuſmodi 84. §. pen. de legat. 1. Sed etſi ſin-
gulis partes ejuſdem rei legatas proponas hoc
pacto, *Mævio fundi illius partem dimidiam, Sejo*
partem dimidiam do, lego, non intelligitur res ea-
dem legata, ſed altera atque altera, & diverſæ ſin-
gulis; ac proinde ceſſat jus accreſcendi, unoque
defi-

deficiente pars ejus non ad collegatarium, ſed ad hæredem pertinet, *l. 1. in fin. pr. de uſufr. accr.* Non enim quia partes iſtæ indiviſæ ſunt & inter ſe cõfuſæ, eò minùs ſunt diviſæ, quarum una ſit unius altera alterius, *l. 5. de ſtip. ſerv.* Neque obſtat, quòd ex duobus hæredibus, quorum unus inſtitutus ſit ex parte dimidia, alter ex altera dimidia, uno deficiente pars ejus accreſcit alteri, qui ex ſua parte hæres extitit: quoniam conditio hæreditatis non patitur, ut qui ſolus ſit hæres, ejuſdem hæreditatis partem habere poſſit, partem non habere, *l. 1. l. 2. de acqu. hær. l. un. §. his ita, C. de cad. toll.* At nihil prohibet ejuſdem fundi partem dimidiam alicui legari, ut altera dimidia remaneat apud hæredem. Illud fruſtra objicitur, quòd nemini conceſſum eſt ejuſdem rei ſibi legatę partem velle, partem nolle, *l. 4. de legat.* 2. Nam in propoſito cùm pars tantùm ſingulis legata ſit, qui partem ſuam agnoſcit, totum quod ſibi legatũ eſt, agnoſcit; quod ſi partem tantùm partis ſuæ amplecti veller, & reliqnum repudiare, hic ei obſtaret juris iſta ratio. Sed etſi duobus res eadem & ſolida conjunctim legata ſit, poteſt nihilominùs deficientis portio repudiari, *d. l. un. §. ubi autem* 11. Hoc igitur tantum ſit, neceſſè eſſe, ut iis, inter quos jus accreſcendi eſſe volumus, una atque eadem res legata ſit, & quidem ſolida ſingulis: hoc enim eſt, quod Ulpianus ex Celſi ſententia refert, toties jus eſſe accreſcendi, quoties ex duobus, qui in ſolidum habuerunt, concurſu res diverſa eſt, *l. 3. in pr. de uſufr. accr.*

Sive conjunctim ſive disjunctim] Conjunctim legari dicitur, quando una oratione una eademque res pluribus legatur: disjunctim ſeu ſeparatim, quando ſingulis orationibus ſinguli ad eamdem rem vocantur; ubi hic ſint plures enuntiationes, illic una copulata, *d. l. un. §. his ita & 3. ſeq. l. 1. § 3. de uſufr. accr. l. ſi pluribus 33. de leg. 1.* indeque eſt, quòd alii conjuncti, alii disjuncti paſſim dicuntur. Cæterùm conjunctio hæc & dis-
10 junctio ex verbis potiùs, quàm ex re æſtimatur cujus reſpectu omnes conjuncti ſunt, quibus res eadem legata, licèt disjunctim: & hi ſunt, qui in ſpecie re conjuncti appellantur, *l. triplici 142. de verb. ſign. l. re conjuncti 89. de legat. 3.* quod & ſupra notatum eſt, & ſimul obſervatæ nonnullæ inter hæc genera differentiæ, cum de onere partis accreſcentis quæritur, itemque de prærogativa & partibus faciendis, cum permixti ſunt.

Scinditur inter eos legatum] Hoc alibi ſic dicitur, *concurſu partes faciunt*, aut *concurſu partes habent*, *l. 3. de uſuf. accr. l. plane 34. §. ſed ſi 10. de legat. 1. l. conjunctim 80. de legat. 3. l. 7. Cod. de legat.* Eſtque hoc certiſſimum argumentum in utroque hoc genere legati, hoc eſt, ſive conjunctim, ſive disjunctim eadem res duobus legata ſit, non partes ab initio factas, ſed ſolidum ſingulis relictum intelligi. Quod tamen cum dicimus, non hoc ſignificamus, ſingulos ſimpliciter habere ſolidum, aut unumquemque ſolidum petere poſſe, non exſpectato caſu, quo alter deficiat, aut alterum rem, alterum æſtimationem conſequi; quod olim in una ſpecie legati, per damnationem inter disjunctos obtinebat; hodie non obtinet, niſi maniſeſtiſſimum ſit ex ſcriptura, teſtatorem ſolidum ad utrumque pervenire voluiſſe, *l. un. §. ubi autem, C. de cad. toll. l. ſi pluribus 33. de legat. 1.* quo in loco valdè conſpicua ſunt emblemata Triboniani: ſed habere ſolidum conſiderato eventu alterius deficientis, idque ex voluntate teſtatoris. Omnino enim credibile eſt teſtatorem ad hunc eventum reſpexiſſe, atque ideò re conjunxiſſe ſingulos, ſeu ſingulis eamdem rem legaſſe, ut altero deficiente alter in ſolidum eam haberet, cùm abſque eo foret, ut pars deficientis rediret ad hæredem. Contrario autem reſpectu, ſi nimirum conſideramus caſum utriuſque concurrentis, partes habere rectè dicuntur; eaſque etiam in hunc eventum habent ex voluntate teſtatoris, quæ hic manifeſta eſt, cum utroque concurrente, quod utrique futurum ſperavit teſtator, totum ſinguli habere non poſſint. Licèt autem diverſa conſideratione & totum & partes ſinguli habere videantur: tamen totum habere paſſim dicuntur ad differentiam eorum, qui ſimpliciter & omnimodo partes habent, nec eas demum concurſu faciunt; quales ſunt, quibus partes tantùm ab initio aſſignatæ. Cæterùm quod tam conjunctos quàm disjunctos ſolidum ab initio habere dicimus, id non caret omni ſcrupulo. Nam contra Ulpianus *d. l. planè, §. ſi conjunctim 9. de legat. 1.* expreſſè ſcribit, ſi conjunctim res legetur, partes ab initio fieri; nec ſolùm partem facere eos, in quorum perſona conſtitit legatum, verùm eos quoque, quorum in perſona non conſtituit. Hunc 11
locum obſtare non putant, qui non intelligunt, quid ſit partem ab initio facere. Quod tamen minimè obſcurum eſt. D. Gothofredus in notis ad *d. §. ſi conjunctim*, ſcribit, *partem facere, non quorum perſonæ in diviſione partem accipiunt, ſed eum ejus, qui deficit aut incapax eſt, pars conjuncto accreſcit*, contra manifeſtam *d. §.* ſententiam & perpetuum uſum juris auctorum, quibus partem facere, eſt facere, ut quis partem tantùm habeat in eo, quod totum habiturus eſſet, ſi ſolus eſſet; aut impedire, ne totum ad alterum pertineat, ut conſtat ex *l. 8. §. quoniam 8. l. qui repudiantis 17. de inoff. teſt. l. 7. de reb. dub. l. hujuſmodi 84. §. ſi Titio 8. de legat. 1. cum ſimil.* Et igitur perſpicuè etiam errat Goveanus, *qui lib. de jur. accr. n. 6. & 7.* ſcribit, eos, qui partes faciunt ab initio, partes non habere. Ut autem jus accreſcendi excludatur, neceſſè eſſe partes ab initio habere legatarios. Facere autem ab initio partes eos dici, non quia pro parte ab utroque legatum vindicetur: ſed quia utroque ſolùm vindicantes res inter eos ſcinditur. Tot errores, & errores conſpicui, quot penè dixerim verba. Nam primo qui partes ab initio non habent, in his dici non poteſt partes ab initio fieri, ſed tantùm concurſu; quæ perpetuò inter ſe opponuntur. Deinde quid aliud eſt, partes habere ab initio, quàm partes ab initio fieri? utroque enim ſignificatur alterum hoc caſu ſolidum habere nũquam poſſe, ſeu quod idem

eſt, juri accreſcendi non eſſe locum; & quamvis qui partem facere dicitur, non concurrat, aut cōcurrere non poſſit, certiſſimo tamen jure perinde habetur, ac ſi concurriſſet, ſuamque partem abſtuliſſet. Confundit Goveanus & pro iiſdem habet, ſive dicas partes ab initio fieri, ſive partes fieri concurſu; quod in tanto viro vix ferre poſſum. Poſtremò illud quoque falſum eſt, poſſe in concurſu vel ſingulos conjunctos ſolidum vindicare, vel unum eorum, quamdiu alter adhuc concurrere poteſt. Non enim amplius vindicare licet, quàm relatum eſt: at in eventum, quo uterque concurrit, ſingulis non ſolidum, ſed partes relictæ intelliguntur, quod pluribus confirmat
12 *Ant. Faber. decad. 49. err. 9.* Quamobrem miror D. Swanemburgium locum hūc Goveani notatu tam dignum exiſtimaſſe, ut eum integrum verbis Goveani deſcripſerit *cap. 8. tract. de jur. accreſcend.* Quid ergo reſpondemus ad d. locum Ulpiani *in l. planè, §. ſi conjunctim de legat.* 1. ubi tam diſertè Juriſconſultus ait, *conjunctis partes ab initio fieri?* Ant. Faber. id, quod generaliter Juriſconſultum definit de conjunctis, reſtringit ad verbis conjunctos tantùm, qui effectu ne conjuncti quidem, ſi Fabro credimus, in hac diſputatione habeantur. Sed perperam, meo quidem judicio. Rectiùs autem locus ille refertur ad legata per damnationem, aut potiùs ad legem Juliam Papiam & jus caducorum; ut adeò dicamus, de iis ibi agi, qui vel ante mortem teſtatoris vel ante apertas tabulas defecerunt, quibus quod adſcriptum erat, caducum fiebat, ut in favorem fiſci hi partes facerent, quæ alioqui vel in hæreditate manſiſſent, vel accreviſſent conjuncto; nam ex lege Julia Papia conjunctis nihil accreſcebat niſi poſt diem legati cedentem (cedebat autem demum ab apertura tabularum) legatarius deceſſiſſet, aut tempore facti teſtamenti non fuiſſet in rerum natura, cui quod relictum erat, pro non ſcripto habebatur, *leg. unic. §. 11. & ſeqq. Cod. de cad. toll.* Eodem referendum, atque eodem modo explicandum quod eſt *in leg. hujuſmodi 84. §. ſi à Titio 8. de legat.* 1. Planè illud concedo, disjunctis apertiùs atque expreſſiùs ſolidum ab initio aſſignari, quàm conjunctis, utpotè quibus ipſa conjunctione quodammodò partes attribui videantur, quod conſideravit Juſtinianus *d. leg. un. §. ubi autem:* ſed tamen nec disjunctis ſolidum ſimpliciter datum dici poteſt: alioqui non concurſu res divideretur, ſed alter rem, alter æſtimationem conſequi deberet.

Si alter deficiat] Non poteſt dici deficere; in cujus perſona legatum numquam conſtitit, veluti ſi quid ei datum ſit, qui quo tempore teſtamētum condebatur, in rebus humanis non erat, puta diē ſuum functus, cùm id teſtator ignoraret; aut ei; qui cum teſtamenti factio non eſt, ſive incapaci, puta deportato aut peregrino. An igitur ſi alter è
13 conjunctis aut teſtamenti tempore jam mortuus ſit, aut capere ex teſtamento nequeat, partem alteri faciet, an totum ad alterum pertinebit? Et eum quidem qui tempore teſtamenti non fuit in rerum natura, partem nec olim feciſſe teſtatur Juſtinianus *d. l. un. §. 3. de cad. toll.* Puto autem & quod ei, qui capere non poterat, conjunctim cum alio relictum erat, in eadem cauſa fuiſſe, ut & hoc conjuncto totum cederet, quoniam æquè quàm illud pro non ſcripto habebatur, *arg. l. 1. C. de hær. inſt.* Quod tamen non aliter proceſſiſſe, quàm ſi alter ſimpliciter & omninò incapax fuerat, evincitur ex verbis *d. l. planè, §. ſi conjunctim de legat.* 1. ubi Juriſconſultus ait etiam ſervum proprium, cui ſine libertate quid legatum eſt, quamvis id in perſona ſervi non conſiſtat, conjuncto partem facere, innuens, ut paulò ante hoc interpretati ſumus, in fiſci favorem partem ejus ex lege Julia Papia caducam fieri.

Aut ſpreverit legatum] Poſt legem Juliam Papiam ſi eadem res duobus conjunctim legata erat, etiam partem repudiantis caducam factam colligitur ex loco Ulpiani *in fragm. tit. 24. §. 11. & ſeq.* ubi ſcribit, partem non concurrentis conjuncti, quæ in legato vindicationis jure civili accreſcebat, in legato damnationis in hæreditate remanebat, ex lege Papia caducam fieri: nunc autem certum eſt, in utroque genere legati accreſcere, atque hactenus etiam conjunctos & disjunctos eſſe pares.

Vivo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo] Ad illius quoque partem lex Papia pertinebat, qui è cōjunctis vivo teſtatore deceſſerat, vel quolibet alio modo defecerat, puta damnatione in metallum, aut deportatione, uti ex d. loco Ulpiani manifeſtum eſt: idque quod huic relictum erat, dicebatur eſſe in cauſa caduci, *d. l. un. §. 2. Cod. de cad. toll.* ſed nunc certo jure conjunctis in eamdem rem accreſcit ſine diſcrimine generis legati aut modi legandi, *d. l. un. §. 4. §. 10. & ſeq.* Verùm quid ſi unus deceſſerit teſtatore jam mortuo, Ego exiſtimo, hoc caſu nihil conjuncto accreſcere; ſive legem Papiam ſpectes, ſive jus novum Juſtiniani. Nam aut ante apertas tabulas deceſſit, & pars ejus ex lege fit caduca; aut poſt aperturam tabularum: ex quo legati dies ex lege cedit, & hic quidem, quod ei adſcriptum eſt, non fit caducum; jam enim ei deberi cœpit: cæterum nec accreſcit collegatario, ſed ad hæredem deficientis tranſmittitur, qui effectus eſt ceſſionis diei in legatis & fideicommiſſis, *l. 5. & paſſ. quand. di. leg. ced.* & textus eſt in *l. 4. in fin. pr. de alim. leg.* Ex conſtitutione autem Juſtiniani, cui placuit diem legatorum ſtatim cedere à morte teſtato- 14
ris, effectum eſt, ut idem juris nunc ſit etiam in parte decedentis ante aperturam tabularum, ut ſcilicet nec ea caduca fiat, nec tamen accreſcat collegatario, ſed ad hæredem ſimiliter tranſmittatur, quemadmodum ſi ſolus eſſet, totum tranſmitteret, *per d. l. un. §. in noviſſimo.* Non fruſtrà igitur dixit, vivo teſtatore.

Totum ad collegatarium pertinet] Si plures ſint, omnes autem vel conjuncti tantùm, vel tantùm disjuncti, pars deficientis accreſcit omnibus ex æquo; ſi permixti conjuncti & disjuncti, conjun-

cti

Digitized by Google

ſti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur, disjunctorum partes accreſcunt omnibus, ſic ut in diviſione omnes conjuncti pro una perſona habeantur, *d.l. planè in pr. de legat.* 1. *leg. re conjuncti* 89. *de leg.* 3. *d. leg. un.* § *his ita Cod. de cad. toll.* Quod autem conjunctis accreſcit, accreſcit cum onere; quod disjunctis, ſine onere, *d. leg. un.* §. *ubi autem ſub fin.* de quibus etiam dictum ſuperiùs.

Titio & Sejo hominem Stichum do, lego] Quòd in his, quibus quid conjunctim legatur, Juſtinianus ſolùm utitur exemplo, re & verbis conjunctorum, id inter alia multos movet, ut negent inter verbis tantùm conjunctos eſſe jus accreſcendi: quo in numero ſunt *Govean. nu.*26. *Hotom.*6. *obſ.*12. *Ant. Fab.*6. *conj.* 1. & *dec.*49. *err.*4. *D. Svvanemb. de jur. accreſ. cap.*8. Sed ſanè hoc argumentum perexiguum ad illud approbandum pondus habet. Nam ut taccam, quo nihil certius & notius eſt, exemplis neminem uti ſolere ad reſtringendam regulam, nulla hoc loco eſt conjunctorum inter ſe oppoſitio; ſed conjunctorum, id eſt, eorum omnium, quibus res eadem legatur una oratione; & disjunctorum, quibus quid legatur orationibus diverſis, ut licèt in exemplo propoſito Titius & Sejus ſint re & verbis conjuncti, tamen ut tales hic non conſiderentur, ſed ut conjuncti ſimpliciter; ac proinde hic locus potiùs contrariam ſententiam juvat, quæ etiam in ſola verbali conjunctione juri accreſcendi locum tribuit. Sed tamen utra ſententia verior ſit, operæ pretium eſt
15 penitus inquirere. Illud pro confeſſo habendum atque omnino retinendum eſt, nullos eſſe conjunctos, ad quos quidem jus accreſcendi pertineat, niſi qui re ſint conjuncti, ſive quibus relicta eadem res. Proinde neque ii, quibus res diverſæ relictæ ſunt, quamvis una oratione, pro conjunctis hic habentur, veluti ſi ita dixerit teſtator, *Titio & Mævio ſingulos ſervos do, lego* utut verbis conjungantur, *l. hujuſmodi* 84. §. *pen. de legat.* 1. neque ulla, id eſt, ne rei quidem conjunctio eſſe intelligitur, ubi partes tantùm ejuſdem rei ſingulis ſimpliciter datæ; ut proinde hoc etiam caſu ſine dubio jus accreſcendi ceſſet, *l.*2. *in fin. pr. l. pen. de uſu accreſ.* Hinc jam de quæſtione propoſita judicandum eſt: Nam ſi verbis tantùm conjuncti, qui dicuntur in diſtinctione generum conjunctorum, non ſint ſimul re conjuncti, ex ſuperiore definitione jus accreſcendi ad eos non pertinebit: contra pertinebit; ſi iidem re quoque conjuncti ſunt: ut ecce in hoc exemplo: *Titio & Sejo fundum Tuſculanum æquis partibus do, lego*, conſtat Titium & Sejum verbis conjunctos eſſe & appellari; ſed jus accreſcendi inter eos verborum conjunctio parere non poteſt, ſi non etiam accedat conjunctio ipſius rei. Non eſſe re conjunctos, ipſa appellatio ſtatim à principio indicare videtur. Dicuntur enim verbis tantùm conjuncti, *l. triplici, de verb. ſign.* item verbis conjuncti, non etiam re, *l. re conjuncti, de legat.*3. Idem videtur oſtendere expreſſio partim ſingulis attributarum: nam ut hæ partes indiviſæ ſint, ſunt tamen diverſæ, ut dici non poſſint re conjuncti, aut ſingulis relicta eadem res. Denique non eſt realis conjunctio, niſi inter eos, qui ſolidum ex judicio defuncti habent; verbis autem conjuncti non ſolidum, ſed partes habent, eaſque expreſſas verbis teſtatoris; ut proinde & partes ab initio facere, *l. plane* 34. §. *ſi conjunctim* 9. *de legat.* 1. & ſemper partes habere dicantur, *l. re conjuncti, de legat.*3. Sed his non obſtantibus verius exiſtimo, verbis conjunctos, quos hic vocamus, etiam re conjunctos eſſe. Etenim qui ſic legat, *Titio & Sejo fundum Tuſculanum do, lego ex æquis partibus*, is utique utrumque conjungit in eamdem rem, dum ſimul & ſemel eũdem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium ęqualium expreſſio: nam etſi hæ partes non exprimuntur, tacitè tamen ſignificantur enumeratione perſonarum, *l. cui fundus* 56. *de cond. & dem.* Quæ autem non expreſſa intelliguntur, tamen, ſi exprimantur, pro ſupervacuis habentur, *l. Cornelius* 69. *de hær. inſt.* ut omnino verum ſit, quod Baro ait, non aliter differre verbis conjunctos à conjunctis re & verbis, quàm quòd in illis partes æquæ exprimantur, in his non item; judicio autem defuncti pari jure cenſeri, *arg. l.*26. *in fin. de legat.* 1. Sed cur igitur dicuntur verbis tantùm conjuncti, conjuncti verbis, non re? Non quia verè verbis tantùm conjuncti ſunt, re planè disjuncti: ſed quia tales videntur in comparationem cum re & verbis conjunctorum, inſpecta forma & conceptione verborum, quæ ſola hæc genera ſeparat, & adſcriptis æquis partibus in verbis conjunctis, qui dicuntur, res diverſas facere videtur: quod tamen non ita eſt, ſi rem ipſam ſpectamus & ſententiam teſtatoris, cujus judicio cum pariter ad eamdem rem vocentur, pariter pro re & verbis conjuncti habendi ſunt. Ex quo porrò ſequitur, ſi re & verbis conjuncti ſolidum ab initio ex voluntate teſtatoris habere intelliguntur, & ſolidum habere eodem modo intelligi ſingulos verbis conjunctorum: idque adeò veriſſimum eſſe oſtendit *l. conjunctim* 80. *de legat.*3. ubi Celſus ſcribit, conjunctim legare, eſſe *tota legata ſingulis dare, partes autem concurſu fieri.* Quæ definitio cùm generalis ſit, dubitandum non eſt eam ad verbis quoque conjunctos pertinere, & quod expreſsè partium in hac conjunctione teſtator meminit, id ex mente ejus ſic à prudentibus acceptum, non quod duobus, verbis gratia, ita conjunctis, ſimpliciter velit ſingulas partes adſcriptas atque in omnem eventum habere, etiamſi non concurrant: ſed quod cùm ſciret, ſi concurrerent ambo, quod & futurum ſperavit, ſingulos totum habere non poſſe, iſtis verbis demonſtrare voluerit, quid in hunc eventum ſinguli habituri eſſent. At ſi unus deficiat, etiam in verbali conjunctione ſic mentem teſtatoris acceptam, quaſi in hunc caſum alterum ſolidum habere voluerit, nec ob aliam cauſam ad
eamdem rem utrumque vocaverit, quàm quod 16
eam rem vel alterum eorum magis habere voluit, quàm hæredem ſuum. Sed inquis, verbis conjuncti dicuntur ſemper partes habere, *d. l. re conjun-*

juncti. Ergo omni caſu habent, & ab initio & ex poſtfacto. Reſpondeo, id quoque dici ex comparatione re & verbis conjunctorum. Nimirum Juriſconſultus eo loco docendi gratia diſtinguit verbis conjunctos à conjunctis re & verbis ſimul non ex eo, quod re ipſa eſt, ſed ex eo, quod videtur; quia verbis conjuncti partes habent externa forma verborum; re & verbis conjuncti non habent. Neque alia ratione hæc genera ſecerni poſſunt. Quod verò apud Ulpianum ſcriptum eſt, ſi conjunctim res legetur, partes *ab initio* heri; *d.l. plane*, §. *ſi conjunctim, de legat.* 1. id tam ad verbis & re ſimul conjunctos pertinet, quàm ad cosjunctos verbis tantùm: ac proinde locus iſte vel ad legatum damnationis referendus eſt, vel ad legem Juliam Papiam & jus caducarium; uti & *l. hujuſmodi*, §. *ſi à Titio, eod. tit.* In *l. 7. de legat. 2.* apertè Juriſconſultus loquitur de legato damnationis: eòdemque pertinere principium *l. 16. de legat.* 1. arguit ejuſdem *l.* §. *ult.* Concludendum igitur eſt, etiam inter verbis conjunctos jus accreſcendi locum habere: quippe cui totius locus eſt, quoties res eadem duobus in ſolidum legata eſt, ſic ut partes concurſu habeant, ſive eas habeant ex voluntate teſtatoris expreſſa, ſive ex tacita, *l. 3. de uſufr. accr.* Atque hæc communis eſt ſententia, probata quoque Duareno *lib. 1. de jur. accr. c. 10.* Baroni *in comm. ad hunc* §. Donello 7.
27 *comm. 13. & 8. comm. 21. Gad. ad l. triplici, de verb. ſign. num. 12.* Confirmatur hæc ſententia primùm aperto textu *l. 16. §. ult. de legat.* 1. ubi non ſolùm qui re & verbis conjunctus eſt, ſed etiam cui virilis portio data, ideſt, conjunctus verbis tantùm; *arg. d. l. triplici*, non concurrente altero, totum vindicare dicitur Deinde ex eo, quòd verbis conjunctus etiam potior dicitur eſſe in hoc jure, quàm is, qui re tantùm conjunctus eſt, *d. l. re conjuncto, de legat. 3.* ſiquidem jus prælationis neceſſariò præſupponit jus accreſcendi & conjunctionem realem: & præpoſterum eſt, quod Ant. Fab. *dec. 49. err. 8. 9.* reſpondet, verbis conjunctos, licèt per ſe re disjuncti ſint, ex accidenti tamen & poſtfacto etiam re conjunctos fieri concurrente tertio aliquo, qui illis re conjungatur: nam conjunctionem non concurſus efficit, ſed diſpoſitio teſtatoris ad eamdem rem plures vocantis, ut neceſſe ſit, eos, quos in parte deficientis concurrere, aut aliis præferri volumus, conſiderari ut ab initio ſententia teſtatoris conjunctos. Nihil pro ſententia Fabri facit, quod à Javoleno reſponſum eſt in hac ſpecie, ſi teſtator Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam, & eumdem fundum Titio legaverit, Sejo deficiente, partem ejus pro portione legati non Mævio ſolùm, ſed etiam Titio accreſcere, *l. Mævio 41. in pr. de legat.* 2. Nam Mævius & Sejus in hac ſpecie verbis conjuncti non ſunt, ſed conjuncti re tantùm, verbis inter ſe ſeparati. Quod ipſe Juriſconſultus expreſsè teſtatur. Ait enim ſeparatim & partes fundi & totum legatum eſſe: apparetque, legatum hoc ſic à Juriſconſulto acceptum ex ſententia teſtatoris, quaſi Mævius & Sejus ſint in unam dimidiam inter ſe conjuncti, Titius autem cum his in eamdem dimidiam, quia cui totus fundus legatus eſt, ei utique & eadem dimidia legata intelligitur, cùm verbo totius ambæ dimidiæ ei legatæ ſint: ſimiliter ut in uſufructu conjunctos eſſe dicimus, quorum uni fundus, alteri uſufructus ejuſdem fundi legatus eſt, l. *ſi alii 19. de uſufr. leg.* quod pleniùs & eleganter explicat Don. in *epiſt. ad Alber. Gentil.* inſerta opuſculis Donelli poſthumis. Poſtremò cùm nullus alius conjunctionis in hac quæſtione ſit effectus, quàm ut jus accreſcendi conjunctus habeat, cur ſi verbis conjuncti ab hoc jure removendi ſunt, conjunctos tamen eos, non disjunctos, appellamus. Non obſtat communi ſententiæ, quod Celſus l. *& Proculus 20. de legat. 2.* reſpondit, ſervo communi quod legatum eſt, id ſi alter dominorum omitteret, alteri non accreſcere. Nulla enim omnino in tali legato conjunctio eſt, ut ipſa textus verba evincunt: & ratio eſt: quia partes dominicæ ſemper pro inæqualibus habentur, fortuitumque eſt, quòd æquales ſinguli habeant. At verò non eſt jus conjunctionis niſi inter eos, quos teſtator in eamdem rem conjunxit æqualiter. Magis obſtare videtur, l. *pen. de uſufr. accr.* ubi minimè obſcurè Papinianus pronuntiat, re ſeparatos videri, quibus eadem res æquis portionibus relicta eſt. Loquitur quidem de uſufructu ejuſdem rei æquis portionibus legato: ſed vel magis idem obtinere debet in ſimili caſu legata proprietate: utpote quæ difficiliùs accreſcit, quàm uſusfructus, l. 1. §. 3. *d. tit.* Sed benè mihi videtur reſpondere Donellus, id quod in *d. l. pen.* dicitur de æquis portionibus, accipiendum eſſe non de portionibus rei, cujus uſusfructus relictus eſt, ſed de portionibus ſingulorum hęredum, à quibus relictus eſt: quam interpretationem & initium *d. l. pen.* juvat, & planè confirmat ratio reddita ab Ulpiano in fragmento ſequenti in hæc verba, *cum alius alio hæredes uſumfructum vendicet*. Benè autem Papinian. negat, in hujuſmodi ſpecie legatarios in eamdem rem conjungi, cum partes hæreditariæ priùs diviſæ ſint. Bachovius *d. l. pen.* accipit de eo caſu, quo dimidia ſingulis ſeparatim ſeu diverſis orationibus relicta eſt: ſed hoc verbis Papiniani minimè convenit. In hęreditate huic quęſtioni non eſt locus: quippe in qua, ut initio monuimus, jus accreſcendi ex diſpoſitione juris proficiſcitur, quod neminem ejuſdem hæreditatis, quę alium hęredem non habeat partem habere, partem repudiare permittit; & ideo portio occupata neceſſariò vacantem ad ſe trahit: quanquam illud etiam in hęreditate quæri poteſt, ex pluribus diverſi generis conjunctis quis cui præferatur. Reliqua per ſe quiſque nunc facilè expediet: plura tamē qui deſiderabit, adire poterit *DD. in d. l. re conjuncti, Gomez, 1. reſ. 10. Graſſ §. jus accreſcendi, Ant. Fab. dec. 49. & 50. Chriſt. vol. 1. deciſ. 312. & ſeqq.* & qui propriis tractatibus hanc materiam explicarunt, *Duar. Govean. Ant. Fumañ, Io. Suev. Corn. Smanenb.* D. Grotius *lib. 2. manuduct. 23.* ſcribit, apud nos in 18
toto hoc argumento non uſque adeò ſubtilitatem juris

juris civilis attendi, ſed ejus præcipuè rationem haberi, quod propriùs abeſſe videtur à ſententia & mente teſtatoris: idque æſtimari non ex verbis tantùm & rei pretio; verùm etiam ex conditione & qualitate perſonæ tum teſtatoris tum legatariorum. In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juri accreſcendi non eſt locus, *l. 57. §. ult. de uſufr. l. 16. §. 2. de alim. leg.* nimirum quemadmodum in agris limitatis ceſſat jus alluvionis, *l. 16. de acq. rer. dom.* quod comparatur cum jure accreſcendi, *l. 33. in fin. de uſufr.* ita & in uſufructu limitato ad finem alimentorum jus accreſcendi ceſſare placuit; ut rectè Cujac.

Textus.

Si legatarius proprietatem fundi alieni ſibi legati emerit, & uſusfructus ad eum pervenerit.

9. Si cui fundus alienus legatus ſit, & emerit proprietatem deducto uſufructu, & uſusfructus ad eum pervenerit, & poſtea ex teſtamento agat, rectè eum agere & fundum petere Julianus ait: quia uſusfructus in petitione ſervitutis locum obtinet: ſed officio judicis continetur, ut deducto uſufructu jubeat æſtimationem præſtari.

Notæ.

Uſusfructus ad eum pervenerit] Ex cauſa ſc. lucrativa, puta uſufr. morte aut capitis minutione fructuarii eum proprietate confuſo, *d. leg.* 82. §. 1.

Fundum petere] Impunè, ſine metu cadendi cauſa, quaſi videatur petiiſſe, *v. §. 33. inf. de act.* ipſum, inquam, fundum, non διατίμησιν, æſtimationem, malè Th. & Pac. quod arguunt ſequentia.

Quia uſufr. ſervitutis locum] Poterat obiici, appellatione fundi plenam proprietatem contineri, *leg. 10. l. 19. de uſufr. leg. l. 58. de verb. obl.* R. in caſu propoſito eo verbo nudam duntaxat proprietatem ſignificari, ut uſusfr. intellectu à fundo ſeparetur, & tanquam ſervitus conſideretur: quoniam proprietas, quæ adeſt ex cauſa oneroſa, adhuc abeſſe intelligitur, *l. 14. de verb. ſign.* fac. *l. 25. eod.* junct. *l. 66. de judic.*

Jubeat æſtimationem præſtare] Judex tanti rem æſtimabit, quantum actori aberit, *d. l. 82. §. 2.* Itaque habemus hic caſum, quo condemnatio fit in rei petitæ æſtimationem: quod interdum neceſſarium aut humanum.

Commentarius.

1 *Speciem hoc loco propoſitam pertinere ad doctrinam traditam §. 6. ſup.*
2 *Quæ ſit hujus loci ſententia, & quo colore defendatur.*
3 *Interpretum error circa ejus explicationem notatus.*
4 *Ant. Fabri opinio confutata.*
5 *Non eſſe novum, ut interdum condemnatio fiat in rei petitæ æſtimationem.*

HIc locus, ut ex argumento intelligitur, ſub- 1
jungendus potiùs fuerat, *§. ſi res aliena 6.* ubi dictum eſt, ſi res aliena legata ex alia cauſa ad legatarium pervenerit, intereſſe, utrùm pervenerit ex cauſa oneroſa, an ex cauſa itidem lucrativa: illo caſu legatum non extingui, ſed poſſe legatarium nihilominùs actione ex teſtamento pretium conſequi: hoc caſu contra legatum penitus evaneſcere, eò quòd duæ cauſæ lucrativæ in eandem rem & perſonam concurrere non poſſunt. Quod autem de toto ibi traditum eſt, id etiam valet in partibus, ut ſi quis rei ſibi legatæ partem unam ex cauſa oneroſa, alteram ex cauſa lucrativa nactus ſit, legatum pro ea parte extinguatur, quam adeptus eſt ex cauſa lucroſa, pro altera conſiſtat, & pretium ejus conſequi poſſit, *l. non quocunque 82. §. 3. de legat. 1.* Unde etiam ſi quis fundi ſibi legati proprietatem emit detracto uſufructu, & uſusfructus poſtea ad eum pervenit, puta mortuo fructuario aut capite minuto, atque ita ex cauſa lucrativa, perinde hoc habendum, ac ſi pars rei ex cauſa oneroſa, pars ſine onere ad eum perveniſſet. Nam etſi uſusfructus non in parte, ſed in jure conſiſtit: tamen quia emolumentum rei continet, meritò vicem partis obtinere placet, *l. Mævius 66. §. pen. l. cum filius 76. §. dominus, de legat. 2. l. qui uſumfructum 58. de verb. oblig.* Cæterum in hac ſpecie nihilominus fundum rectè peti, nec plus quàm oportet, ea petitione contineri intelligi, tradit hic Juſtinianus poſt Julianum in *d. l. non quocunque 82. §. 2. de legat. 1.*

Rectè eum agere & fundum petere] *Rectè*, id eſt, 2
impunè, ſine metu cadendi cauſa; quæ pœna eſt eorum, qui plus petendo perperam agunt, *§. ſi quis agens 33. inf. de act.* Senſus igitur horum verborum eſt, poſſe legatarium agentem ex teſtamento cum hærede ſimpliciter intendere fundum ſibi dari oportere, etiamſi nudam duntaxat proprietatem emerit, uſumfructum adeptus ſit gratis, neque hac intentione ſua plus cum complexum videri debere, quàm oporteat. Fundum inquam, ipſum, non διατίμησιν, æſtimationem, ut malè Theoph. & Pac. quod arguunt ſequentia.

Quia uſufr. in petitione ſervitutis locum obtinet] Poterat obiici; imò perperam in caſu propoſito agere legatarium, ac re ipſa atque apertè plus petere, ſi ſimpliciter fundum petat: quippe appellatione fundi plenam proprietatem ſignificari, *l. 10. l. ſi alii 19. de uſufr. l. qui uſumfructum 58. de verb. obl.* ac proinde tanto plus, quàm oportet, eam petitionem complecti, quantò pluris æſtimari conſtat plenam proprietatem, quàm nudam, pro qua ſola pretium numeravit. Huic objectioni occurrens Juſtinianus, ait uſumfructũ in propoſita petitione ſervitutis locum obtinere. Quod paulò obſcuriùs dictum hanc ſenten-

tiam

tiam habet, eum qui fundum petit, etſi regulariter plenam proprietatem petere intelligitur, tamen in caſu præſenti fundi verbum ſic accipi oportere, ut eo nuda tantùm proprietas deſignata intelligatur, ſeu fundus, quatenus petenti emolumentum abeſt, ut uſusfructus intellectu ab eo ſeparetur, & ob id tanquam ſervitus in hac petitione conſiderari debeat, hoc eſt, ut nec peritus cenſeatur; cum & alias cum uſusfructus ſeparatus eſt, appellatione fundi nudam proprietatem ſignificari conſtet, *leg. recte 25. de verb. ſign.* Hęc interpretatio cùm petitori neceſſaria ſit, ne alioqui formula excidat, ſi eum plus debito intentione ſua complexum dicamus, omnino hic recipienda eſt: quoniam in ambigua intentione id ſemper accipere jubemur, quod petitori utile eſt, *leg. ſi quis 66. de judic.* Scio longè aliter hunc locum ab aliis explicari: ſic enim ſerè cæteri exiſtimant, quod Juſtinianus hic agit, legatarium rectè agere & fundum petere, id hanc haberc ſententiam, legatarium rectè, id eſt, ſtrictæ rationi juris convenienter, ac proinde ſine periculo amiſſionis cauſæ, fundum petere, ut ea petitione & proprietatem & uſumfructum comprehendat, aut poſſe eum ipſo jure petere ſolidi fundi æſtimationem: & quod mox pro ratione Juſtinianus affert, uſumfructum in ea petitione locum ſervitutis obtinere, id ſic accipiunt, quaſi dixiſſet, quia uſusfructus non jure partis, ſed ſervitutis in petitionem deducitur. Sed ego fateor me hæc capere non poſſe. Neque enim intelligo, quo colore defendi poſſit, legatarium in propoſito rationi juris convenienter agere hoc modo; *Ajo te mihi fundum Sempronii, legatum mihi à Titio, dare oportere.* Ut hæc ſit formulæ illius intentio; *Ajo te mihi dare oportere & proprietatem fundi & uſumfructum, aut ſolidi fundi æſtimationem.* Sive in ea intentione conſideretur uſusfructus, ut conſolidatus & conjunctus cum proprietate, ſive ut à proprietate ſeparatus & tanquam ſervitus. Nam ſi illo modo accipias, manifeſtum eſt, petitione id continere, quod jam habet ex cauſa lucrativa, & ita obſtare regulam juris, quæ non patitur duas cauſas lucrativas circa eamdem rem & perſonam concurrere: ſi hoc modo, adhuc dico, id ipſum eum pe-
4 tere, quod ſine onere habet, licèt habeat ſub alia qualitate: aut ſi tu neges, fatendum tibi erit, peti, quod legatum non eſt. Imò verò nego, unquam eum, qui fundum petit, poſſe intelligi uſumfructum jure ſervitutis petere. Quicumque enim fundum petit, eum neceſſe aut ſolidam proprietatem intelligere, *l. 5. in pr. ſi uſufr. pet.* aut nudam, *l. rectè dicimus 25. de verb. ſign.* Denique non rectè in ſpecie propoſita ſolidum fundum aut ſolidi æſtimationem peti, ſatis apertè, ut mihi videtur, probat quod apud Julianum in *d. l. non quocunque 82. §. 3. de legat. 1.* notat Marcellus: ait enim; ſi partem fundi alieni mihi legati redemero, pars mihi legata ſit, an donata, idem eſſe, quod in ſpecie propoſita à Juliano, & ideo me partem dumtaxat petere debere. Quibus verbis non obſcurè innuit, nec in præcedenti ſpecie Juliani ſolidum rectè peti: alioqui ſpecies, quam proponit Marcellus ut ſimilem Juliani, longè eſſet diſſimilis. Ant. Faber *6. conj. 8.* ne hoc quidem concedit, in caſu propoſito ſimpliciter fundum rectè peti, utut ea intentione nuda proprietas petita eſſe intelligatur: quoniam ait, nec apud Julianum, nec alibi hoc traditum, & quod meum eſt, ampliùs meum fieri poteſt. Sed ut ſupra in §. 6. oſtendimus, quod ex cauſa oneroſa ad creditorem pervenit, interpretatione juris perinde habetur, ac ſi non perveniſſet, propter pretium, quod ei abeſt, *l. 14. de verb. ſign.* & refellit Fabrum *l. ex promiſſione 19. de obl. & act.* ubi diſertè Julianus ſcribit eum, qui non ex cauſa lucrativa rem habere cœpit, non prohiberi eamdem ex cauſa lucrativa petere: tum etiam manifeſtè locus Marcelli modò citatus: nam ſi partem fundi, quam ex cauſa oneroſa conſecutus ſum, rectè peto, cur prohibeat proprietatem petere, quæ ex tali itidem cauſa apud me eſt? Cætera, quæ eodem loco Faber adversùs hanc ſententiam, & adversùs ipſum adeò Tribonianum diſputat, aſſis non æſtimo.

Sed officio judicis continetur, &c.] Quamvis 5
ratio judicii hoc exigat, ac proinde regulare ſit, ut condemnatio fiat in rem ipſam, quæ petita & in judicium deducta eſt, *leg. ut fundus 18. com. div.* evenit tamen nonnunquam, ut neceſſe ſit, aut æquum & humanum, condemnationem fieri in rei petitæ æſtimationem; veluti ſi res petita culpa debitoris aut poſt moram perempta ſit, *l. ſi ex legati 23. de verb. obl.* item ſi res aliena, quæ petitur, domino venalis non ſit; aut venalis quidem ſed immenſo pretio, *l. 14. §. ult. de legat. 3.* vel ſi ea ex cauſa oneroſa ad creditorem pervenerit, *l. ex promiſſione 19. de obl. & act. l. hujuſmodi 84. §. qui ſervum 5. de legat. 1. §. ſi res 6. ſup. eod.* Idemque eſt, ſi creditor partem, quam ex ſimili cauſa nactus eſt, petat, *l. non quocunque 82. §. 3. de legat. 1.* & in caſu propoſito, ubi fundo alieno legato fundi proprietas, quæ ex cauſa oneroſa apud legatarium eſt, petitur, *d. leg. non quocunque, §. 2.* Hic igitur judicis officio incumbit, ut reum condemnet, non in rem petitam, puta ut fundum præſtet deducto uſufructu; nam proprietatem fundi jam revera petitor habet: ſed ut præſtet fundi deducto uſufructu æſtimationem; hoc eſt ut tantam pecuniam legatario det, quantam ille venditori pro fundi nuda proprietate perſolvit. Julianus hoc ſic expreſſit, *Iudex tanti litem æſtimabit, quantum actori aberit, d. l. non quocunque, §. 2.*

TEXTUS.

De re legatarii.

10. *Sed ſi rem legatarii quis ei legaverit, inutile eſt legatum, quia quod proprium eſt ipſius, amplius ejus fieri non poteſt. Et licet alienaverit, non debetur, nec ipſa res, nec æſtimatio ejus.*

No-

NOTÆ.

12. *Inutile eſt*] *l.41.§.2.eod.1.l.13.C.eod.* ſicut nec ſtipulatio nec emptio rei ſuæ valet, *l. 82. de verb. obl. l. 16. de contr. empt.* Ratio eſt in textu. Proinde nec res, nec æſtimatio rei peti poterit, ut ſequitur.

Licèt alienaverit eam] Propter definitionem regulæ Catonianæ *d.l.41.§.2.* cui obſtat *l. 1. §.2. de reg.Cat.* niſi dicamus verbis illis, *ſi eum vivo teſtatore alienaveris*, conditionem ſignificari, ad cujuſmodi legatum regula non pertineat, *l. 3.& 4. eod. l. 98. de cond. & dem.*

COMMENTARIUS.

1 *Celſum videri à cæteris diſſenſiſſe circa caſum, quo legatarius rem ſuam ſibi legatam vivo teſtatore alienavit: tentatur tamen conciliatio.*

2 *Quomodò temperandum, quod dicitur rem ſuam nemini rectè legari.*

SEd ſi] Particula hæc videtur arguere, hunc §. eſſe appendicem diſputationis habitæ in *§.præc.& §.ſi res aliena 6. eod.* Nam ut illic tractatur de re, quæ poſt teſtamentum conditum legatarii propria facta eſt; ita hic de ea, quæ jam ejus eſt tempore ſcribendi teſtamenti. Quid ſervari placeat, ſi res, quæ legatarii propria eſt, non ipſi legatario, ſed alteri legata aut potiùs per fideicommiſſum relicta ſit, docebitur *inf. §.1. de ſing. reb. per fideic. relict.* Hic illud quæritur, an utile ſit legatum, ſi quis legatario ipſi rem, quæ jam ejus eſt, legaverit. Ait autem Juſtinianus, tale legatum inutile eſſe, propterea quòd fieri non poteſt, ut quis duabus ex cauſis dominium acquirat, *l.3.§.ex pluribus, de acq. poſſ.* qua ratione nec ſtipulatio rei ſuæ, nec emptio valet, *l.nemo 82. de verb. obl. leg. 16. de contr. empt.* Idem reſcriptum eſt in *l. proprias 13. C. de legat.* & reſponſum ab Ulpiano *l. cætera 41. §.2. de legat. 1.* Quamobrem nec res nec æſtimatio rei in propoſito peti poterit, ut eſt in *fin. hujus §.*

Et licèt alienaverit eam] Ampliatio ſuperioris
1 definitionis. Etſi is, cui res ſua legata eſt, eam poſt teſtamentum factum & vivo etiamnum teſtatore alienarit, nihilò tamen magis legatum convaleſcit. Quod ſumptum ex definitione regulæ Catonianæ, quæ non patitur legatum ex poſtfacto convaleſcere, quod initio vires non habuit, *l. 1. in pr. de reg. Caton.* quæ ratio etiam in terminis redditur ab Ulp. *d.l.cætera, §.2.* Aliud tamen Celſi judicium fuiſſe, eumque in hac quæſtione diſſenſiſſe à cæteris, exiſtimant Cujac. Hotom. Bachov. per *d.l.1. §. 2.* ubi ſic Celſus ſcribit: *Item ſi tibi legatus eſt fundus, qui ſcribendi teſtamenti tempore tuus eſt, ſi eum vivo teſtatore alienaveris, legatum tibi debebitur. Quod non deberetur, ſi teſtator ſtatim deceſſiſſet.* Et ſanè locus ita ſcriptus eſt, ut parum abſit, quin idem ſentiam. Sed tamen videamus, quid obſtet, quominùs verba illa, *Si eum vivo teſtatore alienaveris*, dicamus eſſe teſtatoris, non Juriſconſulti, & poſita conditionaliter. An quia tum diverſo charactere ſcribenda fuerant, uti mos eſt Juriſconſultorum, quoties verba teſtamenti aut ſtipulationum recitant? At hoc negligi potuit à librario: nec perpetuò obſervatur, *l.ſi ſtipulatus 76. in pr. & §. 1. de verb. obl. l. 3. §. in honorariis 10. de extraord. cognit.* An quia regula Catoniana ad conditionalia non pertinet *l.4. de reg.Cat. d.l.cætera §.2. de legat. 1.* ut propterea non debuerit exemplum conditionalis legati à Celſo proponi tamquam exceptio regulæ, & in quo definitio Catonis falſa ſit. Atqui etiam præcedens ſpecies in *§. 1. d. l. 1. eod.* exemplum continet legati conditionalis, quod tamen & ipſum ab eadem regula Celſus excepit. Denique difficulter adduci poſſum, ut credam, in diverſis Juriſconſultorum ſententiis aut Ulpianum aut Celſum ſuam ſimpliciter prompturos fuiſſe, quaſi in re certa minimèque dubia. Sed tamen inquies, fatendum tunc erit, ineptè Celſum facere, quòd excipit de regula, quod ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu æquè ineptè & prius exemplum à Celſo excipi. Verùm ego puto, quod neſcio, an quiſquam alius animadvertit, Celſum peculiari quadam ratione duas illas ſpecies, quas proponit, quaſi hæ etiam verbis regulæ contineantur, excipere: quia cum condicio in utraque ſpecie adſcripta talis ſit, ut deficiat, ſi ſtatim teſtator decedat, ſi longiuſculè vivat, impleri poſſit, fieri utroque caſu poteſt, ut contra quàm regula definit, legatum, quod non valuiſſet, ſi ſtatim deceſſiſſet teſtator, valeat, ſi diutiùs vixerit. Ad cætera autem legata conditionalia nec verba regulæ pertinent. Cæterum meminerimus,
quod initio dictum eſt, rem ſuam nemini rectè 2
legari, ſic accipiendum eſſe, primùm ſi ea res perfectè legatarii ſit; hoc eſt, ita ut avocari nequeat. Nam ſi rem ex bonis ejus, qui reipub. cauſa aberat, uſu acquiſierim, & ea antequam evinceretur, mihi legata ſit, poſtea evincatur, rectè ex teſtamento petam eam mihi dari oportere, *l. non quocumque 82. §.1. de legat. 1.* Deinde ſi res legata legatarii ſit pleno jure: nam ſi quid juris in ea re aut teſtator aut alius habet, placet valere legatum, & utile eſſe in eo, quod juri legatarii deeſt. Pone, emphyteuſim, ſuperficiem, aut pignus teſtatori aut alii in re legatarii conſtitutum; rectè ea legatur, & proficit legatario legatum in eo, quod juris alieni fuit, *l. ſenatus 43. §. ult. leg. ſi domus 61. §. pen. leg. ſi tibi 86. in pr. & §. ult. de legat. 1. leg. 1. §. de lib. leg.* Nec dubito, quin idem dicendum ſit, ſi alius in ea ſe uſumfructum habeat, *arg. l. cum filius 76. §. 2. de legat. 2.* licèt diſſentiat Accurſ. propter textum in *leg. Mevius 66. §. pen. in fin. de leg. 2.* Quo in loco vitioſè legitur *propter iſtas cauſas*, cùm legendum ſit *præter*, ut bene Cujac. *lib. 5. ad Afric. in l. etſi 25. de vulg. & pup. ſubſt.* obſervavit, & nonnullis in exemplaribus legi teſtis eſt Donell. *& comm. 11.* In quibuſdam editionibus *præter* in margine adſcriptum vidi. Poſtremò ſi nec ea res teſtatoris debita ſit, non debitori quod debet, rectè legatur,

licèt

licèt dominus ejus non ſit, *l. 1. in pr. de lib. leg. vid. inf. §. ſi quis debitori 13.*

TEXTUS.

Si quis rem ſuam quaſi non ſuam legaverit.

11. *Si quis rem ſuam quaſi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate eſt, quàm quod in opinione. Sed & ſi legatarii eſſe putavit, valere conſtat: quia exitum voluntas defuncti habere poteſt.*

NOTÆ.

11. *Plus valet, quod in veritate*] Ratio hæc potiùs ad caſum ſequentem pertinet: nam hoc priore caſu etſi verum eſſet, alienam rem legatam eſſe, tamen legatum valeret; quoniam ſi ſuam eſſe teſtator ſciviſſet, multò faciliùs eam legaſſet: per ea, quæ *ſup. §. 4. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Malè ad priorem ſpeciem hujus §. accommodari regulam*, Plus valere, quod in veritate, *&c. & qua ratione iſto caſu ſubſtineatur legatum.*

2 *Prædictam regulam pertinere ad caſum poſteriorem, atque eos actus tantùm, in quibus error gerenti non obſtat, quominùs velit & poſſit, in quo errat. In aliis contrariam regulam probari.*

SUprà §. 4. audivimus, ſi teſtator rem alienam, ſuam eam eſſe putans, legaverit, legatum non valere, niſi ſingulari conjectura voluntatis adjuvetur. Quæ exceptio in exegeſi poſita & declarata. Quòd ſi quis rem hæredis legaverit, quam exiſtimabat ſuam eſſe, Papinianus docet utile eſſe legatum, *l. unum 67. §. ſi rem 8. de legat. 2.* Hic ex converſo docemur, quid juris ſit, ſi teſtator rem ſuam legavit quaſi alienam: item quid ſi legavit ſuam, cùm crederet eam eſſe legatarii: placere autem, utroque caſu valere legatum. Et valebit igitur vel magis, ſi ſuam rem legaverit quaſi hæredis, *arg. d. l. unum, §. ſi rem.*

1 *Nam plus valet quod in veritate, &c.*] Puto, rationem hanc, quod præter Bachovium nemo animadvertit, malè accommodari ad hunc priorem hujus §. caſum, & omnino pertinere ad ſequentem, cum quis rem ſuam quaſi legatarii legavit. Nam non rectè hìc dixeris, ideò valere legatum, quia contra quàm opinabatur, verum eſt teſtatorem rem ſuam legaſſe: quoniam etſi opinionem attendas, aut quod opinabatur, verum eſſet, rem ſcilicet alienam eſſe, legatum tamen valeret. Eſt verò in promptu alia ratio, ob quam in propoſito falſa teſtatoris opinio non obſtet legato; nimirum quoniam ſi alienam rem credens, eam nihilominus legavit, hæredemque ſuum onerare voluit alienæ rei redemptione, multò magis eam legaturus fuiſſe præſumitur, ſi ſciviſſet ſuam eſſe, *d. l. unum, §. ſi rem, de legat. 2.*

Sed & ſi legatarii eſſe putavit, valere conſtat] 2
Ad hunc caſum rectè accommodabimus regulam, *Plus valere, quod in re & veritate eſt, quàm quod in opinione.* Nam ſi hic opinionem ſpectari placeret, nullum eſſet legatum, quia quod legatarii eſt, inutiliter ei legatur, *§. præc.* Eſt autem regula iſta ex earum genere, quæ ad certos dumtaxat caſus & actus pertinent: locum enim tantùm in iis habet, in quibus error gerenti non obſtat, quominùs velit & poſſit id, in quo errat. Ut ecce, in caſu propoſito falſa teſtatoris opinio non impedit, quominùs rem ſuam legare potuerit; neque etiam quominùs velle eam legatam exiſtimari debeat: niſi quis dicat, quotieſcumque res ſua legatario legatur, ideò legatum non valere, quia animus legandi deſit. Quod verum non eſt: neque enim ideò tale legatum inutile, quia voluntatem legandi teſtator non habuit; ſed quia voluntas ejus effectum ſortiri non poteſt, cum quod alicujus jam eſt, id ejus ampliùs fieri non poſſit, *§. præc.* Hæc verò ratio cùm ceſſet, ſi non legatarii, quod teſtator falsò exiſtimabat, ſed ipſius teſtatoris res eſſe deprehendatur, ceſſare quoque debet iſta diſpoſitio. Quod & ipſum Juſtinianus non obſcurè ſignificat, cùm ita infert; *quia exitum voluntas defuncti habere poteſt.* Ejuſdem generis exempla, atque ad eamdem hanc regulam applicata videmus in *l. 4. §. 1. de man. vind. l. pen. §. qui ignoravit. 4. de jur. & facti ign.* In iis verò actibus, qui ab animo æſtimantur & pendent, certumque propoſitum gerentis requirunt, cujuſmodi ſunt aditio & repudiatio hæreditatis, contraria regula probata eſt, placetque, plus valere, quod eſt in opinione, quàm quod in veritate, *leg. is qui 15. & l. ſeq. junct. l. qui hæreditatem 19. de acq. hær.* nimirum quia in his error impedit, quominùs fiat, quod fieri verè poterat, ſi quis ſciret, quod in re eſt: ac proinde quod verum eſt, procedere non ſinit. D. Hotomannus ſic generaliter definit, *in errore facti prævalere veritatem, in errore juris plus poſſe opinionem.* Quod ego falſum eſſe puto. Nam etſi teſtator rem ſuam tamquam legatarii in jure errans legaverit, valebit haud dubiè legatum: è contra ſi in facto errans rem legatarii legaverit tamquam ſuam, non valebit: ut proinde & in errore juris plus interdum valeat veritas, & in errore facti plus opinio.

TEXTUS.

De alienatione & oppignoratione rei legatæ.

12. *Si rem ſuam legaverit teſtator, poſteaque eam alienaverit, Celſus putat, ſi non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt,*

eum,

eum, qui poſt teſtamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademiſſe legatum non videri: & ideò legatarium cum herede ejus agere poſſe, ut prædia à creditore luantur. Si verò quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ non eſt alienata, omnino debetur, pars autem alienata ita debetur, ſi non adimendi animo alienata ſit.

Notæ.

•12. *Si non adimendi animo*] Quod colligitur ex cauſa alienandi: nam ſi ea neceſſaria fuit, puta ex cauſa æris alieni, non creditur animo adimendi facta alienatio, *l.11.§.12.eod.3.* ſi libera fuit, contra. Quomodò accipiendi textus in *l.8.eod.1. l.15.de adim.leg.l.1.& 3.de pecul. leg. &* v.c.aut ſi donaverit; nam in donationem non cadit iſtiuſmodi diſtinctio, *l.18.de adm.leg.l.34.in fin.de aur. arg.leg.*

Iidem reſcripſerunt] Extat hoc reſcriptum *l. 3. C. eod.*

Pignori dedit] Ipſum nomen pignoris ſatis indicat alienationis neceſſitatem. Deinde nec pignoris datio propriè alienatio: quia pignus in bonis debitoris manet, *leg. 9. Cod. de pignor. action.*

Commentarius.

1 *Quibus ex rebus conjiciatur, utrùm res legata adimendi legati cauſa alienata ſit, nec ne.*

2 *Reſponſum quoddam Scævolæ cum aliis locis conciliatum.*

3 *Oppignerations rei legatæ non videri legatum ademptum.*

Pertinet hic locus ad *tit. ſeq. de ademp.leg.*eſt enim rei legatæ alienatio ſpecies tacitæ ademptionis: quoniam hoc ipſo quòd teſtator rem in alium transfert, recedere à priore voluntate videtur. Cæterum quia etiam legatum rei alienæ conſiſtit, poteſt hic oriri voluntatis quæſtio, an res adimendi legati animo alienata ſit, nec ne; ut ſi non ſit, legatum adhuc peti poſſit. Quod hìc docet Juſtinianus.

1 *Si non adimendi animo*] Sed unde hunc animum aut contrarium colligimus? Ex cauſa nimirum alienandi; quæ ſi libera planè fuit, id eſt, ſi teſtator nulla neceſſitate compulſus rem alienaverit, puta donaverit, aut cum neceſſe non erat vendiderit eam, animo adimendi id eum feciſſe creditur, *l. rem legatum 18. l. legatum 24. §.1. de adim.leg.* ac de hoc caſu accipiendi textus in *l. 8. pr. de legat.1.l. cum ſervus 14. de adim.leg. l.1. & 3. ſeq.de pec.legat.§.ſi quis ancillas 17. inf.item l. 6. de leg. 1.* Falluntur enim, qui putant, hac in re quicquam intereſſe inter legatum purum & conditionale. In quo errore etiam Mynſingerus eſt. Quòd ſi cauſa alienandi neceſſaria fuit, id eſt, ſi teſtator rem legatam vendiderit urgente rei familiaris neceſſitate, hìc contra creditur id animo adimendi legati ab eo factum non eſſe; & ideo legatum peti poteſt, niſi probetur, etiam in hac neceſſitate adimere ei teſtatorem voluiſſe. Probatio autem mutatæ voluntatis hic ab hæredibus, quamvis reis, exigitur, *l.11. §. ſi rem 12. de legat. 3.* quoniam præſumptio pro legatario eodemque actore facit, quaſi non videatur extinguendi legati cauſa alienare, qui etiamſi maximè legatum valere velit, tamen alienare cogitur. Cæterum diſtinctioni propoſitæ non parum obſtare videtur reſponſum Scævolæ in *l. prædia 27. §. liberto, de inſtr.legat.* Patronus liberto, quem ex parte hæredem ſcripſerat, per præceptionem fundum legavit cum inſtrumento, & his, quæ in eo fundo futura erant, cùm moreretur. Reſpondet Juriſconſultus ſine diſtinctione etiam vinum in eo fundo repertum, quod vivus teſtator vendiderat & cujus pretiĩ partem tertiam acceperat, ad libertum ex cauſa præceptionis pertinere, niſi contrariam voluntatem hæredes approbent. At verò ſi alienatio extra cauſam neceſſitatis facta argumentum eſt mutatæ voluntatis, dicendum erat, id vinum pertinere ad cohæredes, niſi de contraria voluntate doceat libertus. Reſpondent nonnulli, in ea ſpecie Scævolæ venditionem vini factam ante factum teſtamentum. Ego magis Ant. Fabro aſſentior, qui *lib. 1. conj. 6.* reſpondet, non debere videri adhuc alienatum vinum, quoad effectum ademptionis legati, quod nondum traditum eſt; & maximè cujus nomine venditori pretium nondum numeratum, aut eo nomine ei ſatisfactum eſt, *arg.leg. quod vendidi 19. de cont. empt. §. venditæ 41. ſup.de rer.divi.* Planè pro qua parte pretium teſtator accepit, difficile dictu eſt, eam quoque partem legato præceptionis continere, & ego dixerim, petentem pro ea parte exceptione ſummovendum eſſe. 2

Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt] Neque reſponſum Celſi extat, neque hoc Imp. Severi & Antonini reſcriptum. Fuiſſe tamen quod hic traditur, recepti juris, patet ex *l. rem legatum 18. de adim. leg. junct. l. fideicommiſſa 11. §. ſi rem. 12. de legat. 2.*

Qui prædia pignori dedit, ademiſſe legatum non videri] Pignoris datio etſi propriè alienatio non eſt, quippe cum res pignori data in dominio debitoris manet, eique ſoluto debito reſtituenda ſit: tamen pro ſpecie alienationis habetur, *l. ult. de reb.al.non al.* Cæterum ipſum nomen pignoris ſatis indicat alienationis neceſſitatem: neque 3 enim pignus dari ſolet, niſi ab eo, qui neceſſitate adductus eſt. Ut proinde rectè & ſuperiori ſententiæ convenienter Imp. Severus & Antoninus reſcripſerint, eum, qui rem legatam oppignerat, adimendi animo hoc facere non videri; ſive ut ipſi loquuntur, *non videri voluntatem ſuam circa legatarii perſonam mutare.* Extat reſcriptum in *l.3. C. de leg.* Enim verò audiendum nihilominùs hæredem exiſtimem, ſi paratus ſit oſtendere animo adimendi rem à teſtatore pignori datam.

Cum

Digitized by Google

Cum hærede agere, ut prædia luantur] Hoc eſt, ut hæres de ſuo tantam pecuniam creditori ſolvat, in quantam prædia obligata ſunt, atque ita ea prædia obligatione liberata ac redempta legatario præſtet, *d. l. 1. C. hoc tit.* quod tamen accipiendum eſt ſecundùm diſtinctionem traditam ſub §. *ſed etſi 5. eod.*

Si verò quis partem rei alienaverit, &c.] Hoc omnino præcedentibus eſt conſequens: nam quod juris eſt in toto quoad totum, idem etiam valere debet in parte quoad partem, *l. quæ de tota 76. de rei vend. l. 82. §. 3. eod.* Et ideò ſi pars tantùm rei legatæ alienata ſit, pars quæ non eſt alienata, ſemper debetur, *l. 6. l. 8. in pr. de legat. 1.* quæ alienata eſt, debetur, aut non debetur, prout eam animo adimendi aut non adimendi alienatam eſſe conſtabit.

TEXTUS.

De liberatione legata.

13. *Si quis debitori ſuo liberationem legaverit, legatum utile eſt: & nempe ab ipſo debitore, neque ab hærede ejus poteſt hæres petere, neque ab alio, qui hæredis loco ſit. Sed poteſt à debitore conveniri, ut liberet eum. Poteſt etiam quis vel ad tempus jubere ut hæres petat.*

NOTÆ.

13. *Legatum utile eſt*] Controverſum id aliquando fuiſſe arguit *l. 3 pr. de lib. leg.* eò quòd debitor dominus eſt ejus, quod debet, *l. 1. d. t.* neque enim noſtrum propriè eſt, quod eſt in credito *l. 27. §. 2. l. 34. de aur. arg. leg.* Boet. in *Top. Pecunia, quæ eſt in nominibus, non eſt noſtra.* Placuit tamen utile eſſe, eoque contineri remiſſionem obligationis, quæ utique in bonis eſt creditoris, *l. 49. l. 143. de verb. ſign.*

Neque ab hærede] Niſi legatum perſonæ debitoris cohæreat, *l. 8. §. 3. de lib. leg.*

Petere] Cum effectu ſcil. quia petens exceptione doli repelli poteſt: ipſo enim jure legato liberationis non diſſolvitur obligatio, *dict. l. 3. §. 3.*

Ut liberet eum] Nempe per acceptilationem *d. l. 3. §. 3. l. 22. eod.*

Ad tempus] Cujus legati quæ ſit vis, diſce ex Pomp. *l. 8. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Liberationem debitori jam certo jure rectè legari.*
2 *Quis liberationis legatæ effectus.*
3 *Quis ejus legati, quo damnatur hæres ad tempus non petere.*

QUod Titius mihi debet; id & Sempronio rectè lego, & ii ipſi Titio debitori meo. Illud legatum eſt, quod dicitur nominis, de quo plura *inf. ſub §. tam autem 21. eod.* hoc, quod appellatur liberationis, deque hujus legati effectu agitur in præſenti §. Reſpondet *tit.* Pand. *de lib. leg.* ubi variæ hujus legati formulæ occurrunt. Is quoque qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *leg. 3. §. 2. d. tit. ſac. l. qui chirographum 59. de legat. 3. l. ſervum 44. §. cum 5. de legat. 1.*

Legatum utile eſt] Liberationem debitori poſſe legari, jam certum eſt, ait Juriſconſultus in 1
l. 3. pr. de lib. leg. quæ verba arguunt, id aliquando controverſum fuiſſe. Cur verò fuerit, ſignificare videtur idem Juriſconſultus *l. 1. pr. eod.* ubi ait, debitoribus ea, quæ debent, rectè legari, licèt domini eorum ſint. Quippè noſtrum propriè non eſt, quod eſt in credito, *l. 27. §. 2. l. 34. de aur. arg. leg.* Boeth. *in Top. Pecunia quæ eſt in nominibus, non eſt noſtra.* Ex eo enim ſuſpicari licet, fuiſſe antea, qui negarent ipſi debitori, quod debet, rectè legari: quia ſcilicet nemini res ſua legari poteſt. Sed eorum opinio meritò exploſa eſt: nihil enim quod debitoris ſit, hoc legato contineri intelligitur, ſed jus tantùm quod creditor habet, ſeu obligationem debitumve remiſſum.

Neque ab ipſo debitore] Legato liberationis non diſſolvitur ipſo jure obligatio, aut protinùs ipſo jure debitor liberatur: ſed poteſt liberationis ſibi legatæ fructum duplici ratione conſequi; excipiendo, ſi debitorum hæres petat; ſi non petat, ultro ex teſtamento agendo, ut liberetur, *l. 3. §. nunc. 3. l. quod mihi 22. l. legavi 25. in pr. eod.* Quamobrem quod alibi dicitur hæredem petere non poſſe, *l. 2. §. 1. leg. ſi quis 15. eod.* & hoc ipſo in textu, id ſic accipiendum eſt, non poſſe eum petere efficaciter: nam petentem exceptione doli mali repelli.

Neque ab hærede ejus, neque ab alio; qui hæredis loco] Qualis eſt bonorum poſſeſſor, & is, 2
cui ex fideicommiſſo hæreditas reſtituta eſt. Interdum tamen effectus hujus legati intra perſonam ſolius debitoris conſiſtit, veluti ſi quis ita dixerit, *Hæres meus à ſolo Lucio Titio ne petito:* vel, *A Lucio Titio, quamdiu vivis, hæredem meum petere nolo.* Quoties enim legatum cohæret perſonæ legatarii, ad hæredem ejus non tranſit, ſicut nec ullum aliud jus perſonale ad hæredem tranſmittitur, *l. 8. §. 3. l. Aurelius 20. eod. tit.*

Ad tempus jubere, ne hæres petat] Poteſt hæres 3
damnari, ut ad certum tempus non petat. Cujus legati hic effectus eſt, ut hæres intra id tempus petens à debitore hæredeve ejus exceptione ſummoveatur. Cæterùm debitor agere non poteſt, ut liberetur, *d. l. 8. §. 1.* nec per acceptilationem, quoniam acceptilatio in perpetuam obligationem tollit nec pacto, quod exceptionem perpetuam parit, cùm temporalem tantùm ex teſtamento habeat. Ut autem hæres paciſcatur cum debitore, ne intra id tempus petat, intra quod teſtator peti vetuit, ne hoc quidem requirendum eſt, quia debitori inutile, nihil amplius in eum conferens, quàm quod jam habet, exceptionem ſcilicet temporalem.

Digitized by Google

Textus.

De debito legato creditori.

14. *Ex contrario ſi debitor creditori ſuo quod debet, legaverit, inutile eſt legatum, ſi nihil plus eſt in legato, quàm in debito: quia nihil ampliùs per legatum habet. Quòd ſi in diem, vel ſub conditione debitum ei purè legaverit, utile eſt legatum propter repræſentationem. Quod ſi vivo teſtatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus ſcripſit utile eſſe nihilominus legatum, quia ſemel conſtitit: quod & verum eſt. Non enim placuit ſententia exiſtimantium, extinctum eſſe legatum, quia in eam cauſam pervenerit, à qua incipere non poteſt.*

Notæ.

14. *Si nihil plus in legato*] Nam ut legatum conſiſtat, neceſſe eſt in eo aliquid utilitatis ab initio verſari, *leg. 29. de leg. 1. l. 1. §. 10. ad leg. Falc.* Aliàs non ex teſtamento agitur, ſed ex prima obligatione, *ὡς χρέος ἀπαιτεῖται*, Schol. Th.

In diem, &c.] Vel ſi alio quocumque modo accidat, ut plus ſit in legato, quàm in debito, *v. l. 28. & ſeqq. de leg. 1.* aut creditoris interſit, ex teſtamento potiùs agere, quàm ex priſtina obligatione, *l. 11. de lib. leg.*

Propter repræſentationem] Id eſt, propter commodum, quod eſt aut eſſe poteſt in repræſentatione, quia ex teſtamento præſenti die debetur. Repræſentare eſt celeriter vel ante tempus præſtare. Suet. *Auguſt. c. ult.* Senec. *epiſt. 95. l. 17. §. 1. de cond. & dem.* Gloſſ. vet. *ἐν παρουσίᾳ ποιεῖν*, Repræſentatio, *ἐμπαρουσιασμός*.

Papinianus ſcripſit] *leg. 5. ad leg. Falc.* non tamen ut in hoc legato aut Falcidiæ ſit locus, aut creditori fideicommitti poſſit; *l. 7. §. ultim. de leg. 3.*

Quia in eam cauſam pervenerit] In hac ſententia videtur & Paulus fuiſſe, *leg. 82. eod. 2.* qui tamen alibi fatetur non eſſe; ut quod ſemel utiliter geſtum eſt, duret, licèt ille caſus extiterit, à quo initium capere non potuiſſet, *l. 85. §. 1. de reg. jur.*

Commentarius.

1 *Quot modis accidat, ut plus ſit in legato rei debitæ, quàm in debito.*
2 *Taxatur Ant. Fabri nimia confidentia.*
3 *Quando locus ſit regulæ,* Quod ſemel utiliter conſtitutum eſt, durare, licèt ille caſus extiterit, unde incipere non potuiſſet, *& quando locus regulæ contrariæ.*
4 *Pauli à Papiniano diſſentientis ſententiam à Juſtiniano improbari.*
5 *Jure C. & Inſt. vix eſſe, ut non ſit plus in legato, quàm in debito.*

Vinnius in Inſtitut.

Ut conſtat legatum, neceſſe eſt in eo aliquid utilitatis aut commodi ab initio verſari, quemadmodum ſub §. 4. generaliter definivimus ex quo judicandum de legato, quod hic proponitur, ſi quis creditori ſuo quod debet, legaverit; ut ſcilicet, ſi nihil utilitatis aut commodi ex eo legatarius capere poſſit, uti non poteſt, ſi nihil ampliùs eſt in legato, quàm in debito, legatum non valeat: ſin verò emolumenti quid contineat, aut quacumque ratione plus in legato ſit, quàm in debito, utile ſit legatum, *l. ſi creditori 28. cum l. ſeqq. de legat. 1. l. Mævius 66. de legat. 2. l. legavi 25. ſub fin. de lib. leg. l. 1. §. ſi quis 10. ad leg. Falcid.*

In diem vel ſub conditione debitum purè legetur] Hæc exempli tantum cauſa proferuntur; nam longè pluribus modis, quàm his duobus, accidit, ut plus ſit in legato rei debitæ, quàm in debito: & totidem modis ſit, ut legatum ſit utile. Videamus ergo, quot modis id fiat, ut plus in 1
legato ſit, quàm in debito: primum efficitur debiti repræſentatione, puta ſi id quod ſub conditione aut in diem debetur, purè legetur: ſic enim ſit, ut in legato plus ſit tempore, *l. ſin autem 29. de legat. 1. & hoc text.* Secundò, ſi quod loco longinquiore aut minùs commodo debebatur, legetur loco citeriore aut commodiore: hic enim loco plus eſt in legato, quàm in debito, *d. l. 29.* Tertio ut plus ſit in legato, ſæpè efficit nova actio ex teſtamento, nempe ſi ea vel efficacior ſit vetere, vel plenior. Efficacior eſt, ſi vetus removeri poterat exceptione; quæ exceptio legato debito remiſſa creditori intelligitur, *d. l. 28. de legat. 1.* Plenior eſt, ſi vel diuturnior, ut ſi vetus actio eſt honoraria, ubi ideò legatum valet, quia honoraria actio ſæpè temporaria ex teſtamento civilis eſt & perpetua; *d. l. 28.* vel aliàs uberior: ut eſt actio ex teſtamento, quavis alia actione ſtricti juris, propter incrementum uſurarum & fructuum, *l. 3. l. uſuræ 34. junct. l. videamus 38. §. ſi actionem 7. de uſur. l. 3. C. eod.* Proinde ſi id, quod ex ſtipulatu debebatur, legatum fuerit creditori, legatum utile eſt, *d. l. 38. §. 1.* Et generaliter toties valet hoc legatum, quoties creditoris intereſt, ex teſtamento potiùs agere, quàm ex priſtina obligatione, *l. 11. de lib. leg.* Erratque adeò perſpicuè Vveſemb. cum negat, ex eo ſolo videri plus eſſe in legato, quàm in credito, quod nomine legati pinguior actio ſit. Sed & in eo nonnihil commodi eſt, quòd ſpeciei à debitore eodemque domino legatæ dominium ſtatim in creditorem tranſeat, & pro ſola actione perſonali etiam in rem habere incipiat, *l. 3. §. 2. de legat. 3.* Cæterum etſi hæc legata ob commoditatem novæ actionis ſuſtinentur; quia tamen hæreditatem non minuunt, neque ipſa minuuntur lege Falcidia, nec in his creditoris legatarii fideicommitti poteſt, *d. l. 28. §. 1. d. l. 3. §. 2.* Ubi verò commodum eſt repræſentationis, pro modo iſtius commodi Falcidia inducitur,

citur, & fideicommiſſum valet, *l. 1. §. ſi quis 10. ad leg. Falc. l. 2. de dot. præleg.* Si exceptio merebatur creditoris, fideicommitti poteſt, *l. 7. §. ult. de legat. 3.*

Propter repræſentationem] Id eſt, quia ex teſtamento præſenti die debetur. Repræſentare eſt, ante diem aliquid præſtare aut ſolvere, vel antequàm aliquid debeatur, ſolvere. Sveton. Auguſt. *cap. ult. l. 1. §. 2. de dot. prælegat. l. Publius 36. §. 1. de cond. & dem.* Cicero *Tiron. Dies promiſſorum adeſt quem etiam repræſentabo, ſi adveneris.* Seneca epiſt. *ad Lucil. 95. Petis à me, ut id, quod in diem ſuum dixeram debere referri, repræſentem. Gloſſ. ver repræſentare, ἐν παρουσίᾳ ποιεῖν, repræſentatio, ἐμπαρουσιασμὸς, Th.* omnemque accelerationem ſignificat: ut in illis Ciceronis, *repræſentare improbitatem, lib. 16. ad Attic. repræſentare libertatem, 2. Phillip.* Sic Curtius *repræſentare conſilium* dixit pro *ante diem exequi.*

Papinianus ſcripſit, utile eſſe nihilominus legatum] Scilicet ut nihilominus id totum, quod debetur, jure legati peti poſſit: non ut in eo Falcidiæ adhuc locus ſit, aut fideicommiſſum creditori impoſitum exigere liceat; utpote ſublata jam utilitate repræſentationis, quæ ſola legi & oneri locum facit, *l. 1. §. ſi quis 10. de leg. Falcid. l. 7. §. ult. de legat. 3. l. 2. de dot. prælegat.* Quod viſum
2 monere propter confidentiam Anton. Fabri, qui *lib. 4. conj. 12.* contra manifeſtam & auctoritatem juris & rationem affirmare auſus eſt, etiam in hoc noſtro caſu, cum dies venit, aut conditio extitit, & Falcidiæ locum dari, & fideicommiſſum deberi. Falsò nimirum ille contendit, cum dies aut conditio legatum facit, Falcidiam non in commodo repræſentationis dumtaxat, ſed in toto legato locum habere, legatariumque ratione totius legati fideicommiſſo gravari poſſe; temerè id colligens ex verbis Papiniani in *l. 5. ad l. Falcid.* eumque cum Paulo in *d. l. 1. §. ſi quis 10. eod. & Ulp. in d. l. 7. §. ult. de legat. 2. l. 2. de dot. prælegat.* qui id diſertè negant, nulla neceſſitate committens. Utique nec rationi convenit, ut Falcidiam patiatur legatarius creditor, aut fideicommiſſum præſtet, qui ex legato præter commoditatem novæ actionis nihil conſequitur, nullum omnino commodum in re ſentit, *fac. l. ſi creditori 28. §. 1. de legat. 1. l. 3. §. 2. de legat. 3.* Extat reſponſum Papiniani in *l. 5. ad leg. Falc.*

Exiſtimantium extinctum eſſe legatum, quia in eam cauſam &c.] Hic iterum, ut *ſup. §. 11.* occurrunt duæ regulæ contrariæ, quarum una definit, *Quod ſemel utiliter geſtum eſt, durare, etiam ſi ille caſus extiterit, à quo initium capere non potuiſſet.* Altera contra, *Negotium extingui, cum is caſus poſtea incipit, unde incipere non poterat.* Hæ duæ propoſitiones, ut conſtat, non poſſunt, ſimul eſſe veræ ſimpliciter & in univerſum. Imò neutra earum perpetua eſt, aut vera in omnibus cauſis, *l. in ambiguis 85. §. 1. de reg. jur. l. pen. §. ult. de verb. obl.* In negotiis omni ex parte perfectis, id eſt, quæ nihil futuri ad conſummationem deſiderant, ſine exceptione valet prior definitio, nunquam ea, quæ utiliter ſic geſta & conſummata ſunt, infirmari ob eam cauſam, quòd ille caſus evenerit, à quo conſiſtere non poterant. Idque & apud omnes nunc in confeſſo eſt, & ſemper conſtitit: exempla ſuppetunt *l. 8. de his qui ſui vel al. jur. l. oratione 16. §. ult. de rit. nupt. l. donationes* 3
31. in pr. de donat. l. pen. §. ult. de verb. obl. Quòd ſi negotii geſti jus adhuc pendeat, & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid ampliùs deſideretur, hic aliud pro conditione caſus poſtea incidentis placet. Nam ſi quod poſtea intervenit, tale ſit, ut impediat, quominus negotium rectè cœptum ad finem perducatur, placet quod ante geſtum eſt, reſolvi: ſi non impedit, durare quod benè geſtum eſt, exitumque ſuum ſortiri. Ut ecce, teſtamentum, legata, fideicommiſſa, etiamſi ab initio utiliter conſtituta ſint, non ſtatim tamen ita planè perficiuntur, ut nihil amplius ad conſummationem voluntatis deſideretur: reliquum enim adhuc eſt, ut hæres ex teſtamento exiſtat, ut legatarius legatum conſequatur. Finge nunc, eum, qui teſtamentum jure fecerat, capite poſtea minutum eſſe, ſervum ſcilicet factum, aut deportatum, aut derogatum, Dicimus, Irritum fieri teſtamentum; nempe quia ſuperveniente ſervitute, deportatione, adrogatione, conditio perſonæ teſtatoris ſic mutatur, ut teſtamentum habere non poſſit, ac ne hæredem quidem omnino, *§. 4. ſup. quib. mod. teſt. inf. l. 6. §. irritum 5. & ſeqq. de injuſt. rupt. l. 8. §. 1. & ſeqq. qui teſt. fac. l. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab.* Finge, ſervo alieno, quid legatum eſſe, eumque ſervum poſtea à teſtatore redemptum; dicimus ſimiliter, legatum extingui: quia id quod accidit, impedit, ne legatum exitum habere poſſit, *l. 3. §. ult. de his quæ pro non ſcript.* Ejuſdem generis exempla occurrunt, *l. inter 83. §. ſacram. de verb. obl. §. 2. inf. de inut. ſtip. §. pen. inf. de noxal. act. l. falſus 43. §. ult. de furt. l. pro parte 11. de ſervit. l. ſi à me 11 de judic. leg. hæc ſcripturæ 15. in fin. junct. leg. ſeq. ad leg. Aquil.* Sed finge, teſtatorem poſt teſtamentum factum incidiſſe in furorem aliamve mentis abalienationem, aut amiſiſſe facultatem audiendi loquendive, aut bonis ei interdictum; hic contra dicimus, teſtamentum, quod antea rectè factum erat, nullo horum caſuum infirmari: quippe quia nec furor interveniens, nec auditus ſermoniſve amiſſio, nec bonorum adempta adminiſtratio impedit, quominùs teſtamentum exitum habeat, atque ex eo hæreditas cæteraque relicta obtineantur, ut poteſtatem & fortunas ſuas teſtatore retinente, *§. 1. & 2. ſeqq. ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt. l. 6.* 4
§. 1. l. is cui 18. qui teſt. fac. fuſè *Don. poſt. DD. vulg. in d. l. pen. §. ult. de verb. obl.* Cæterum non idem omnes in omni ejuſmodi ſpecie ſenſiſſe apparet ex *l. exiſtimo 98. de verb. obl.* Atque in caſu hic propoſito, cum quis quod in diem aut ſub cōditione debebat, creditori ſuo purè legavit, & vivente teſtatore dies ſupervenit aut conditio extitit. Paulus in *l. debitor 82. de legat. 2.* apertè diſſentit à Papiniano in *l. 5. ad leg. Falc.* Si demum jam mortuo teſtatore dies venerit, aut impleta ſit con-

condiτio, concedit Paulus durare petitionem legati: ſi vivo adhuc eo: ait legatum inutile effici, quamvis ab initio conſtiterit: contra Papinianus, etiamſi vivo teſtare dies venerit, &c. utile eſſe hujuſmodi legatum ſcribit, quia ſemel conſtitit. Paulus igitur ad jus hujus legati requirit, ut etiam antequàm dies aut conditio exiſtat, teſtator mortuus ſit: Papinianus unum tantùm hic tempus teſtamenti ſpectandum, atque ex eo de vi & jure relicti ſtatuendum exiſtimat; quod conſentaneum
5 videtur tegulæ Catonianæ. Papinianę ſententiam rejecta Pauli Juſtinianus hic amplexus eſt. Tota diſputatio hujus §. quod Compoſitores ipſi non animadverterunt, hodie inutilis pene & ſupervacua videtur: vix enim eſt, ut legatum debiti jam non ſit utile creditori, poſtquàm Juſtinianus etiã actionem hypotechariam legatariis dedit, & jus taciti pignoris in bonis defuncti, *l. 1. Cod. comm. de legat.* ut proinde uno tantùm caſu nunc accidere poſſit, ut legatum rei debitæ nihil utilitatis contineat, videlicet quando legatarius creditor etiam extra cauſam legati jus pignoris habet, conſtitutum ſibi jam ante vel à debitore, vel à lege, ut in ſpecie §. proximè ſequentis.

Textus.

De dote uxori legata.

15. *Sed ſi uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius eſt legatum, quàm de dote actio. Sed ſi, quam non accepit, dotem legaverit, Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, ſiquidem ſimpliciter legaverit, inutile eſſe legatum: ſi vero certa pecunia, vel certum corpus, aut inſtrumenta dotis in prælegando demonſtrata ſunt, valere legatum.*

Notæ.

15. *Plenius eſt legatum*] Propter repræſentationem in dote pecuniaria, quæ annua, bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id eſt: tribus annis penſionibus reddebatur, Ulp. *tit. 6.* §. 5. Hodie autem dos rerum mobilium annua die præſtatur, *leg. un.* §. 7. *Cod. de rei ux. act.* In legato immobilium etſi non eſt repræſentatio, Ulp. *d. loc. & d. l. un.* valet tamen legatum propter commoditatem novæ actionis, *v.* in comment.

In prælegando demonſtrata] Quia falſa demonſtrata non vitiat legatum, §. 30. *inf. eod.*

Commentarius.

1 *Iure antiquo in relegatione dotis ſemper plus fuiſſe quàm in obligatione.*

2 *An novo jure adhuc aliquid in ejuſmodi legato commodi.*

3 *Quid juris, ſi, quæ non accepta eſt, dos aut ſimpliciter legata ſit, aut demonſtrata certa quantitate vel corpore.*

SI *uxori maritus dotem legaverit*] Exemplum legati rei debitæ: proinde quid hic ſtatuendum ſit, dicamus ex ſuperiote regula, ut ſi plus ſit in legato, quàm in debito, legatum valeat: ſi nihil ampliùs, legatum ſit inutile.

Quia plenius eſt legatum, quàm de dote actio] 1 Hæc verba arguunt, veteres ſemper exiſtimaviſſe, plus eſſe in legato, quàm in obligatione dotis, ut proinde relegatio dotis non potuerit non jure veteri valere, *fac. tit. de dot. præleg.* Ut autem legatum plenius eſſet, faciebat aut utilitas repræſentationis in dote pecuniaria, cujus repetitio dilationem habebat, ut annua, bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id eſt, tribus annuis penſionibus, redderetur; legatum autem ſtatim peti poterat, *l. 1.* §. 2. *l. 2. d. tit. Vlp. tit. 6.* § 5. aut commoditas novæ actionis: nam etſi cæteræ dotes ſtatim reddebantur teſte *Vlp. d. loc.* tamen dotis prælegata hoc commodum ſentiebat uxor, quòd dominium rei dotalis ſtatim ad eam redibat, actionemque in rem conſequebatur, cùm pro dote recipienda perſonalem tantùm actionem rei uxoriæ haberet: *arg. l. 3.* § 2. *de l. 3.* aut ſi dotem ſibi reddi ſtipulata fuerat, quod pro actione ex ſtipulatu conſequebatur actionem ex teſtamento, imitantem pleriſque naturam actionum bonæ fidei: per *l. ſi creditori* 28. §. 1. *de legat.* 1. Adhæc variæ olim actioni de dote objiciebantur exceptiones & retentiones, ſæpè etiam dos lucro mariti cedebat, *vid. Vlp. d. tit. 6. l. 15.* §. 1. *ſol. matr. l. un.* §. *taceat.* 5. *& ſeq. C. de rei ux. act.* quibus locus non 2 erat dote relegata. Juſtinianus verò jus & petitionem mulieris ſic auxit, *d. l. un. & l. in rebus* 30. *C. de jur. dot.* ut non videam, quid commodi nunc ex relegatione dotis capi poſſit; niſi quod jure legati etiam res dotales mobiles ſtatim reddendæ ſunt, quarum alioqui præſtatio anni dilationem ex conſtitutione Juſtiniani habet, *d. l. un.* §. *cum autem verſ. exactio.* Tentari tamen poteſt cum pleriſque interpretibus, etiam poſt conſtitutiones Juſtiniani; relegationem in univerſum utilem cenſeri debere, propterea quòd agenti ex teſtamento non poteſt obiici exceptio, quam vocant competentiæ. Tametſi enim non omnibus hæredibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit; *l. ſciendum* 25. *de re jud.* ſufficit tamen, communi filio, qui patri hæres extitit, competere; *l. etiam filius* 18. *ſolut. matr.* atque ita aliquando legatum utile eſſe poſſe, & ſolidum obtineri, ubi aliàs in id tantùm fieret condemnatio, quod reus facere poſſet.

Si quidem ſimpliciter, inutile eſt legatum] Si dos uxori prælegata ſit non deſignata certa quantitate aut certo corpore demonſtrato, & dos nulla data ſit, legatum inutile eſt: quia apparere non poteſt, quid aut quantum fuerit legatum. 3 Neque hoc tantùm in dote non accepta & ſimpliciter legata obtinet; ſed etiam in omni ſimili legato incertæ rei quantitatis, *leg. ſi ſit legatum* 75. §. 1. *de legat.* 1. *l. legavi* 25. *ſub fin. de lib. legat. fac.* *leg. cum poſt* 69. §. *gener.* 4. *de jur. dot.*

Si verò certa pecunia, vel certum corpus, aut inſtrumenta] Veluti, *Centum quæ in dotem accepi*; aut, *Fundum Tuſculanum, mihi in dotem datum, uxori do, lego*; aut, *Centum, quæ inſtrumento dotali conſcripta ſunt*, *leg. 3. l. ult. Cod. de falſ. ca. adi leg.*

Valere legatum] *d. l. legavi 25. in fin. de lib. leg. d. l. 3. & ult. C. de fal. ca. adi. leg. d. l. ſi ſic legatum 75. §. 1. in fin. de legat. 1.* Ratio aperta eſt, & expreſſa dictis locis; quia falſa demonſtratio legatum non vitiat: de quo pluſcula *inf. §. huic proxima 30. eod.* Eadem ratione ſi major quantitas legato comprehenſa ſit, quam in dotem accepta, valebit legatum etiam in id, quod acceptam excedit, *l. 6. de dot. præl.* Obſtare tamen his, quæ diximus, videtur, quod Ulpianus ſcribit, *l. 1. §. ſed & ſi 7. eod. tit.* ſi quis legaverit, *Centum, quæ in arca habeo*, aut, *quæ ille apud me depoſuit*, & nihil in arca ſit, aut depoſitum fuerit, nihil debeti; accommodans hoc ipſum ad caſum dotis non acceptæ & prælegatæ. Sed rectè reſpondet Jo. Faber. referre, utrùm legetur certa quantitas, ut quantitas, an ut certum corpus aut ſpecies, veluti *Centum, quæ in arca habeo*, *l. planè 34. §. ſed hoc 4. l. ſed ſi 51. de legat. 1.* Priore caſu falſam demonſtrationem non nocere legato: poſteriore idem juris eſſe, quod certo corpore, quod non extat, demonſtrato, ut ſiquidem extet quantitas ſic deſignata, legatum valeat, ſi non extet, inutile ſit, *l. ſi ſervus 108. §. qui quinque 10. de legat. 1. l. omnia 32. §. ſpecies 5. de legat. 2.*

TEXTUS.

De interitu & mutatione rei legatæ.

16. *Si res legata ſine facto heredis perierit, legatario decedit. Et ſi ſervus alienus legatus ſine facto heredis manumiſſus fuerit, non tamen heres. Si verò heredis ſervus legatus ſit, & ipſe eum manumiſerit, teneri eum, Julianus ſcripſit: nec intereſt ſciverit, an ignoraverit, à ſe eum legatum, eſſe. Sed & ſi alii donaverit ſervum, & is cui donatus eſt, eum manumiſerit, tenetur heres, quamvis ignoraverit, à ſe eum legatum eſſe.*

NOTÆ.

16. *Sine facto hæredis*] Sive naturali interitu, v. c. ſi ſervus legatus ἰδίῳ θανάτῳ. *ſua morte*, ut Svet. *in Iul. c. ult.* defunctus ſit, ſive facto alieno, niſi mora hæredis intervenerit, *leg. 36. §. ult. l. 47. §. ult. de leg. 1. l. 23. de verb. obl.* vide in comment.

Legatario decedit] Et hæres liberatur, ut & cæteri debitores, qui certam ſpeciem debent, *d. l. 23.*

Sine facto hæredis manumiſſus] *l. 35. de leg. 1.* hæc enim manumiſſio morti proxima eſt, *l. 92. de ſolut.*

Nec intereſt ſciverit, &c. *l. 112. §. 1. eod. l. 1. l. 28. qui & à quib. man. l. 91. §. 2. de verb. obl.* Ratio eſt in *l. 25. §. 2. in fin. ad Treb.*

COMMENTARIUS.

1 *Servi alieni qui legatus ſit, manumiſſione hæredem ita liberari, ut nec æſtimationem debeat, & quid ſi res legata evicta ſit.*

2 *Hæredem, qui ſervum proprium à ſe legatum vel ignorans manumiſit, obligatum remanere: & cur nominatim hoc pronuntietur de ſervo hæredis proprio.*

HUjus §. doctrina pertinet ad locum communem de liberatione debitorum; quæ contingit interitu rei debitæ. Sic enim in univerſum jus eſt, ut rei debitæ interitu, qui ſine facto aut culpa debitoris contingit, obligatio extinguatur, ita ut nec ulla æſtimationis petitio ſuperſit, *l. ſi ex legati 23. de verb. obl. l. in ratione 30. §. res tamen 6. ad leg. Falc. leg. cum res 47. §. ult. de legat. 1.*

Si res] Id eſt, res certa, ſpecies, ſeu certum corpus, *l. non amplius 26. §. 1. de legat. 1. d. l. ſi ex legati de verb. obl. d. l. in ratione §. certis ad leg. Falc.* idque ex prædicato, *perierit*, ſatis intelligitur, quòd in re certa ſeu ſpecie ſolum cadit. Nam cum res incerta, puta homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem deducta eſt, numquam dici poteſt res legata aut aliàs debita periiſſe: *d. l. 30. §. 5.* quoniam omnes homines generaliter & infinitè centum legato aut obligatione continentur: eoque fit, ut in his nullo rerum caſu ſive hæres ſive quis alius debitor liberetur, *d. leg. in ratione §. incertæ ad leg. Falc. l. incendium C. ſi cert. pet.* Utrùm autem certa ſpecies legata ſit, an quantitas inſtar certæ ſpeciei, veluti centum aurei, qui in arca ſunt; nihil intereſt, *d. leg. in ratione §. certis l. ſi certos 37. de verb. obl.*

Sine facto hæredis perierit] Sive naturali interitu, ſive facto alieno: puta ſi ſervum legatum alius occiderit, *l. arbitrio 18. §. ult. de dol.* Nam ſi ipſius hæredis facto res periit, non magis id legatario nocere debet, quàm cæteris creditoribus quæ facto debitorum contigerunt. Sed & ſi res naturali facto perierit, cæterum poſt moram ab hærede factam, hæredis ad detrimentum erit, *l. cum ſervus 39. §. 1. de legat. 1.* Certa enim eſt juris regula, mora interveniente perpetuari obligationem, ut poſt moram re perempta nihilo ſecius teneatur debitor, quàm ſi res adhuc extaret, *d. l. ſi ex legati de verb. obl. l. nemo 82. §. 2. leg. ſi ſervum 91. §. ſequitur eod. l. 5. de reb. cred.* de quo commodiùs infra in materia obligationum. Ait, *perierit*. Periiſſe non tantùm res intelligitur, cum in rerum natura eſſe deſiit: verùm etiam cum commercio exempta eſt, *§. 2. inf. de inut. ſtip. l. inter. 83. §. ſacram. de verb. obl. l. ſi mihi 92. de ſolut.*

Legatario decedit] Hoc locis compluribus traditum, *l. non amplius 26. §. 1. l. Titia 36. §. ult. l. cum*

res

Digitized by Google

res 47. §. ult. l. ſi quis inquilinos 112. §. 1. *de legat.* 1. *d. l. ſi ex legati de verb. obl.* atque ut ſuperiùs diximus, jus eſt commune omnium debitorum, qui certam ſpeciem debent.

Sine facto hæredis manumiſſus] Etiam ſervi alieni legati manumiſſione hæres liberatur, ſi nulla ejus culpa argui poteſt, *l. ſi hæres* 35. *de legat.* 1. *l. ſi ſervum* 91. §. 1. *verſ. ſin. autem de ver. obl. l. ſi mihi* 92. *de ſolut.* ubi Paulus hanc manumiſſionem ait morti ſimilem eſſe; ſcilicet quia
1 manumiſſione ſervus commercio eximitur. Quare nec æſtimationem præſtare hæres tenetur, quam præſtare cogitur, cum res adhuc extat, eamque dominus non vult vendere, § 4. *ſup.* Quid ſi res legata non perempta, ſed legatario evicta ſit? Et ſiquidem ex cauſa pignoris evicta ſit à creditore, hæres obligatus manet: nec intereſt, generaliter res legata ſit, an una aliqua ſpecialiter & certa: nam nec illo caſu ſufficit rem talem dare, qualis eſt; ſed ita dare oportet, ut eam habere liceat, *l. qui concubinam* 29. §. *pen. de legat.* 3. *l. ſi à ſubſtituto* 45. §. 2. *eod.* 1. & hoc caſu tenetur hæres rem obligatam nexu pignoris liberare, § 5. *ſup.* Sin autem evicta fuerit à domino, ut res aliena, hic intereſt, in genere res legata ſit, an in ſpecie; nam ſi in genere, & hæres rem unam aliquam ex eo genere dederit, quæ poſtea à domino evincatur, non liberabitur, ob eamdem ſcilicet cauſam, quam modò dixi; ſi verò in ſpecie, puta Stichus aut Pamphilus, ſic diſtinguendum eſt, ut ſi teſtator eam rem tamquam alienam legaverit, teneatur hæres eam redimere aut æſtimationem ejus dare, §. 4. *ſup.* ſi tamquam ſuam, placet hæredem liberari, modò præſtet rem talem qualis apud teſtatorem fuit, *l. cum pater* 77. §. *evictis* 8. *de legat.* 2.

Hæredis ſervus legatus, & ipſe eum manumiſe-
2 *rit*] Si hæres ſervum proprium à ſe legatum manumiſerit, obligatus remanet, & tenetur in ejus æſtimatione, perinde quaſi occidiſſet; nec refert, ſciverit, an ignoraverit, à ſe legatum eſſe, *l. ſi quis inquilinos* 112. §. 1. *de leg.* 1. *l. hæres* 28. *qui & à quib. man.* quippe etiam manumiſſione res interire intelligitur, quia deſinit eſſe in commercio: & nemo ſuo ſe facto obligatione liberare, alterique damnum afferre poteſt, *l. quidem* 25. §. 2. *in fin. ad Trebell. l. ſi ſervum* 91. *de verb. obl.* Quod ergo dicitur in *d. l. hæres, qui & à quib. man.* hæredem ſervum proprium, quem teſtator legaverat, manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum; ut nihil agere dicatur, quia manumittendo non efficit, quominùs obligatus maneat: quod etiam Accurſ. obſervavit. Non obſtat huic ſententiæ, quòd excuſatur ignorantia ejus, qui ſervum indebitum ſibi datum manumiſit, *leg. in ſumma* 55. §. *pen. de cond. ind.* nam indebiti condictio, utpote quæ ex bono & æquo introducta eſt, nihil revocare conſuevit, præter iniquum lucrum, *l. pen. eod. tit.* Cur verò Juſtinianus hoc loco, & Juriſconſulti *d. l. ſi quis inquilino* §. 1. & *d. l. hæres*, nominatim loquuntur de ſervo hæredis proprio? Nimirum quia hæres ſervum teſtatoris à ſe legatum aut per fideicommiſſum alteri relictum ne manu mittere quidem poteſt, ſicut nec quamvis aliam rem, quam reſtituere juſſus eſt, alienandi poteſtatem habet, *l. ult.* §. 2. *C. com. de legat.* Quin etſi ſub conditione ſervus teſtatoris legatus fuerit, licèt pendente conditione pleno jure hæredis ſit, placet tamen, libertatem ab hærede conſequi non poſſe, *l. generaliter* 29. §. 1. *qui & à quib. man.* Sed quid eſt igitur, quod Paulus in *l. ſi ſervum* 91. §. 2. *de verb. obl.* ſcribit, Julianum putaſſe, teneri hæredem, qui, cùm neſciret, à ſe petitum codicillis ut reſtitueret, manumiſit? nam libertate non procedente non poteſt dici manumiſiſſe. Reſponſum ipſum Juliani, quod extat in *l. quidam* 25. §. 2. *ad ſen. Treb.* rem expediet. Non ait Julianus ſervum hæreditarium ab hærede legatum, aut quem nominatim hæres reſtituere rogatus eſt, poſſe manumiſſione hæredis liberum fieri: ſed poſſe hæredem, qui hæreditatem reſtituere juſſus eſt, ſervum, qui ex ea hæreditate ſit, manumittere, ut tamen obligatus maneat, pretiumque ſervi fideicommiſſario præſtet. Inter quæ multum intereſt: Nam cum ſervus hæreditarius certus ſpecialiter legatus eſt, manifeſtum eſt teſtatorem velle hunc ipſum ſervum præſtari, non æſtimationem ejus. At in fideicommiſſo hæreditatis poteſt favore alicujus rei, quæ in ea hæreditate ſit, alia interpretatio voluntatis recipi, quaſi ad ſenſum teſtatoris nihil interſit, utrùm res ipſa, an æſtimatio præſtetur.

Sed & ſi alii donaverit, & is eum manumiſerit, &c.] Hæres, qui ſervum proprium à ſe legatum alteri donavit, quamvis eum à ſe legatum ignoret, tamen ſi is, cui donatus eſt, eum manumiſerit, tenetur in ſervi æſtimationem, *d. l. ſi quis inquilinos* 112. §. 1. *de legat.* 1. Ratio eadem, quæ in ſpecie præcedente; quia facto hæredis accidit, ut ſervus commercio ſit exemptus; quod alteri damnum afferre non debet. Tantùm hic non proxima, ſed remota cauſa hæres eſt.

TEXTUS.

De interitu quarumdam ex pluribus rebus legatis.

17. *Si quis ancillas cum ſuis natis legaverit, etiamſi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem eſt & ſi ordinarii ſervi cum vicariis legati fuerint: quia licèt mortui ſint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed ſi ſervus fuerit cum peculio legatus, mortuo ſervo, vel manumiſſo, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem eſt, ſi fundus inſtructus, vel cum inſtrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, & inſtrumenti legatum extinguitur.*

Digitized by Google

NOTÆ.

17. *Idem eſt, ſi ordinarii cum vicariis.*] Nam vicarii hic non conſiderantur, ut pars peculii ordinariorum, ſed ut eorum conſervi, ut & revera ſunt, *l. 9. d. tit.* itaque etiam in hac ſpecie duo ſunt legata ſeparata, *l. 4. d. t.*

Sed ſi ſervus cum peculio, &c.] *l. 1. dat.* Ratio eſt, quia peculium acceſſionis locum obtinet, cujuſmodi perempta re principali & ipſa extingui ſolent, *l. 2. d. t. l. 178. de reg. jur.*

Idem eſt, ſi fundus inſtructus] Quia nec hic duo ſunt ſeparata & principalia legata, ſed unum rei principalis, alterum acceſſionis: ſpectanda tamen mens teſtatoris, *l. 1. §. 1. 5. de inſtr. vel inſtrum. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Si ancilla cum ſuis natis legata ſit, duo intelligi legata ſeparata & æquè principalia.*
2 *Idem eſſe, ſi ſervus cum vicariis ſuis legatum ſit.*
3 *Secus, ſi ſervus cum peculio, aut penus cum vaſis.*
4 *Aut ſi fundus inſtructus, vel cum inſtrumento.*
5 *Paulus cum Iuſtiniano conciliatus.*

HOc §. & 3. *ſeqq.* docetur, quid juris ſit, ſi rei legatæ vivo teſtatore vel deceſſerit aliquid, vel acceſſerit. Si aliquid deceſſerit, ita jus eſt, ut neque legatum extinguatur, niſi quod deceſſit, ſit principale, reliquum acceſſorium; neque hæres teneatur ſupplere, quod deceſſit, ſed præſtatione ejus, quod ſupereſt, liberetur. Hæc res quatuor exemplis declaratur; legati ancillæ cum ſuis natis; ſervorum ordinariorum cum vicariis, *hoc* §. legati gregis, §. *ſeq.* legati peculii, §. 20. Cæterum, ut dixi, ita quod ſupereſt, legato cedit, ſi id quoque principaliter legatum ſit, non ſi ut acceſſio ejus, quod deceſſit; nam perempta re principali legatum acceſſionis extinguitur: quod oſtenditur hoc §. exemplo legati ſervi cum peculio; item fundi cum inſtrumento legati. Si quid acceſſerit, placet etiam illud legato cedere: cujus rei tria exempla proferuntur, legati gregis, cui poſtea adjecta plura capita, §. *ſeq.* legati ædium, quibus adjectæ columnæ & marmora, §. 19. legati peculii, cui deinde aliquid acceſſit, *d.* §. 20. Latè autem hic locus patet. Nam huc etiam pertinent fructus, uſuræ, penſiones prædiorum, partus, fœtus, alluvio, inſula in confinio nata, & plura alia, quæ hic non tangit Juſtinianus; *leg. 8. l. quod in verum 24. §. 2. & 3. l. cum ſervus 39. 1. de legat. 1. l. 10. l. ſi areæ. 39. de legat. 2. leg. ſæpe 16. cod. 3.*

1 *Partus legato cedunt*] *l. ſi ancilla 62. cum l. ſeq. de legat. 1.* Poterat videri unum hic eſſe legatum principale, alterum, natorum ſcilicet, acceſſorium; quod etiam Servio viſum fuit, qui ob id mortua ancilla negabat partum deberi. Sed revera liberi matris acceſſio non ſunt: ſtatim enim ut ſunt editi, ſeparatam planè habent exiſtentiam & ideo rectè Paulus ſcribit, duo hic eſſe legata ſeparata, hoc eſt, æquè principalia, *l. 3. de pec. leg.* & Celſus in *l. ſi ancillas 63. de legat. 1.* ſententiam Servii ut falſam nec voluntati defuncti accommodatam reiicit. Ego quoque ſententiam Jo. Fabri & Aretini falſam eſſe puto, & voluntati teſtatoris minimè conſentaneam, qui exiſtimant, ſi pecudes cum fœtu legatæ fuerint, morte pecudum legatum fœtus tamquam acceſſorium extingui.

Idem eſt, ſi ordinarii cum vicariis] Hic eadem dubitatio occurrit, quæ in caſu præcedenti: nam ut peculium ſervi acceſſio eſt, ita & ſervi vicarii, qui ſunt in peculio ordinariorum, *leg. 17. de pecul.* etiam horum acceſſio videntur; ac proinde his mortuis illos ex legato non deberi. Illud utique certum eſt, mortuo ſervo ordinario, qui cum peculio legatum eſt, peculii legatum ita extingui, ut nec vicarii, qui in ejus peculio ſint, debeantur. Et ſanè fatendum eſt, ſervos vicarios acceſſionis locum
obtinere, quatenus conſiderantur ut pars peculii ordinariorum: cæterum ex ſe non ſunt, ſed 2
revera ordinariorum conſervi, *l. 9. de pec. leg.* Atque ut tales conſiderantur in caſu propoſito, cùm diſertè cum ordinariis & ipſi legantur, ut hic quoque ſint duo legata ſeparata, & vicarii æque principaliter ut ordinarii legati intelligantur, *l. 4. d. tit.*

Sed ſi ſervus cum peculio] Servo legato cum peculio, & alienato vel manumiſſo, aut mortuo, legatum etiam peculii extinguitur, *l. 1. de pec. leg.*
Cur tam variè? quia peculium acceſſionis locum 3
obtinet: cujus conditionis quæ ſunt, extingui ſolent, cùm principales res peremptæ fuerint: ratio reddita à Gajo in *l. 2. d. tit.* Eadem ratione placet, & penu certa cum vaſis legata & conſumpta, ne vaſa quidem debiti, *l. 2. l. 4. in pr. de pen. leg.* Hoc tamen inter peculium & vaſa penuaria intereſt, quòd peculium non eſt ſimplex & mera acceſſio, quæ neceſſario ſervum ſequatur: quippe ſi ſimpliciter ſervus legatus ſit, peculium legato non cedit, *l. ſi legatus 24. de pecul. leg.* Sed vaſa penuaria pura puta ſunt acceſſio: & ideò penu ſimpliciter legata, vaſa quoque, ſine quibus rectè penus haberi non poteſt, legato continentur, *l. 3. §. ult. l. 3. pr. de pen. legat.*

Si fundus inſtructus, vel cum inſtrumento.] 4
Exemplum ſimile proximè præcedenti: ideò enim fundo cum inſtrumento legato & alienato etiam legatum inſtrumenti extinguitur: quia hic non ſunt duo diverſa & ſeparata legata, ſed unum rei principalis, alterum acceſſionis & ſequelæ. Nam inſtrumentum fundi acceſſio eſt. Et ſiquidem ſic aliquis legaverit, *fundum cum inſtrumento*, alienato fundo inſtrumentum peti non poſſe ſemper conſtitit, *l. 1. §. 1. l. 5. de inſtr. vel inſtrum. leg.* Cæterum an idem ſit, ſi ſic legaverit, *fundum & inſtrumentum*, aut *fundum inſtructum*, non ſatis convenit. Labeo *lib. 1. pithan.* putat, inter omnes haſce ſcripturas nihil intereſſe, *leg. 5. de inſtruct. leg.* Juſtinianus quoque hoc loco idem prædicat de legato fundi inſtructi & legato fundi

cum

Digitized by Google

cum inſtrumento. Denique & Paulus eadem duo, ut eamdem vim habentia, conjungit, *d. leg. in pr. eod. tit.* Verum idem Paulus in notis ad Labeonem *d. leg. 5.* hanc ſcripturam, *fundum cum inſtrumento*, à cæteris diſertè ſeparat, ſic ut dicat, ex illa ſcriptura, fundo alienato, nihil deberi, ex duabus reliquis poſſe inſtrumentum eſſe legatum. Eguinarius Baro exiſtimat, Paulum cum Juſtiniano nullo modo conciliari poſſe: Hotomannus etiam ſecum pugnare, atque ex inſita ſibi cum Labeone ſimultate, ſolo Labeonis redarguendi ſtudio, contrarium reſpondiſſe. Verùm ego, ut fatear, Paulum eo genere morbi laboraſſe, eoque correptum aliquando non ſatis bona fide cum Labeone agere, ut videre eſt in *l. pen. §. 1. & 2. de acq. rer. dom. ult. de uſuc.* & fortaſſis ſic etiam Labeonem ab eo tractari, in *d. leg. 5.* non arbitror tamen aut ſecum eum pugnare, aut cum Juſtiniano. Labeo dixerat, inter ſuperiores ſcripturas omnes nihil intereſſe. Paulus ait, intereſ-
5 ſe: nam ex hac ſcriptura, *fundum cum inſtrumento*, alienato fundo nihil deberi: ex his, *fundum & inſtrumentum*, vel *fundum inſtructum*, poſſe inſtrumentum eſſe legatum. Quaſi dicat, in hac ſpecie, cum fundus cum inſtrumento legatus eſt, tam perſpicuum eſt, teſtatorem inſtrumentum acceſſionis loco habuiſſe, ut alienato poſtea fundo fruſtra de mente teſtatoris, quod ad legatum inſtrumenti attinet, diſputetur: quod ipſe *d. l. 1. §. 1. de inſtruct. leg.* ſic expreſſit, *fundo cum inſtrumento legato & alienato, inſtrumentum non vindicabitur ex ſententia defuncti.* Cum autem fundus & inſtrumentum, aut fundus inſtructus, legatus eſt, licèt regulariter etiam utroque hoc caſu legatum inſtrumenti pro acceſſorio habeatur, eòque alienato fundo legatum inſtrumenti evaneſcat; tamen quia mens teſtatoris hic non tam plana ac perſpicua eſt, quàm in ſpecie ſuperiore, ideò admitti poſſe quæſtionem voluntatis, & tentari fundo alienato nihilominus inſtrumentum, tamquam ſeparatim atque æquè principaliter legatum, ex ſententia teſtatoris deberi, eoque probato legatarium vincere. Non pugnat igitur ſecum Paulus, cùm in *d. l. 1. in pr.* ait, ſive cum inſtrumento fundus legatus ſit, ſive inſtructus, duo legata intelligi: nam in illa ſpecie alterum ſemper acceſſorium eſt, in hac poteſt utrumque eſſe principale. Sed nec cum Juſtiniano; quippe quod regulare eſt, hic tantùm propoſuit: quod & fecit Labeo *d. l. 5.* quem idcirco explicari potiùs à Paulo, quàm taxari oportuit. Ad hunc fermè modum hæc quoque componunt *Cujac. Vveſemb. poſt Bart. in d. l. 5. aliter leg. 30. ibid. Mynſ. Balduin. hic.* Quantò plenius ſit legatum fundi inſtructi, quàm fundi cum inſtrumento, docet Ulpian. *leg. quæſitum 12. §. ſupellex 15. & §. ſed ſi fundus 27. cum ſeqq. de inſtruct. vel inſtrum. legat.*

TEXTUS.

De grege legato.

18. *Si grex legatus fuerit, & poſtea ad unam ovem pervenerit, quod ſuperfuerit, vindicari poteſt. Grege autem legato, etiam eas oves, quæ poſt teſtamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait. Eſt autem greges unum corpus ex diſtantibus capitibus: ſicut ædium unum corpus eſt ex cohærentibus lapidibus.*

NOTÆ.

18. *Si grex legatus, &c. quod ſuperfuerit vindicari*] Quamvis grex eſſe deſierit, quæ ratio eſt dubitandi, *leg. 22. de leg. 1.* Sed nimirum qui gregem legat, etiam ſingula capita, quæ in eo grege ſunt, ut partes totius, legare intelligitur, per *l. 113. de reg. jur.* Aliud juris eſt in legato uſufr. gregis, *leg. ult. quib. mod. uſ. am.* quia uſusfructus rei mutatione extinguitur, *v. ſup. §. pen. de uſufr.*

Quæ poſt teſtam. adjiciuntur] Grex legatario creſcit & decreſcit; legatus enim cenſetur, quantuſcumque erit die legati cedente, *leg. 21. de leg.*

Unum corpus] De generibus corporum vid. *l. 30. de uſurp. & uſuc.*

COMMENTARIUS.

1 *Ratio dubitandi circa priorem ſpeciem hujus §. & cur non idem in legato uſufructu gregis, remiſſivè.*
2 *Ratio exempli poſterioris.*

GRege legato, ſi numerus ovium decreverit, tamen quæ ſuperſunt capita, debentur, 1
etiamſi uncia tantùm ovis reliqua ſit, *l. ſi grege 22. de legat. 1.* quo loco Pomponius etiam dubitandi cauſam ſignificat: quæ hæc eſſe poterat; quod rei legatæ interitu legatum extinguitur, *§. ſi res 16. ſup. eod.* Etenim grex etſi neque accretione neque decretione mutetur, ſed idem maneat, *l. ſi cum 21. §. 1. de exc. rei jud.* tamen ubi decrevit uſque ad numerum minorem decem, interiſſe cenſetur, quia iſte numerus gregem non conſtituit, *l. ultim. de abig. l. ult. quib. mod. uſ. am. vid. leg. 65. §. 1. de leg. 2. Fabrot. ad Th. q. leg. 79. de leg. 3.* Gregem autem legavit teſtator, non ſeparatim ſingula capita, quæ aliud ſunt, quàm grex, *l. 1. in fin. de rei vend.* Dicendum eſt, eum, qui gregem legat, omnia capita, quæ in eo grege ſunt, legare intelligi; atque ideò quicquid ex grege ſupereſt, die legati cedente legatario deberi. Licèt enim capita, quæ ſuperſunt, pauciora ſint, quàm ut per ſe gregem conſtituant; tamen quotquot ſuperſunt, pars ſunt aut fuerunt illius gregis, qui legatus eſt; ac proinde etiam legato continentur, *l. in toto 113. de reg. jur.* Nam nec area inſula eſt: & tamen ſi inſula legata combuſta ſit, reſponſum

eſt, aream adhuc vindicari poſſe, *d. l. ſi grege* Nimitum quia area pars eſt aut fuit rei legatæ, id eſt, inſulæ; *l. qui res 98. §. aream, de ſolut.* Nec eſt contrarium, quod traditur in *l. ult. quib. mod. uſ. am.* uſumfructum gregis legatum, ſi in eum numerum pecus reciderit, quo grex conſtare non poteſt, perire. Aliud enim longè juris eſt in legato gregis, aliud in legato uſufructu gregis. Diverſitatis rationem alibi diligenter expoſui ſub §. *pen. ſup. de uſufr.*

Ad unam ovem] Quamvis enim unica hæc ovis gregem non conſtituat, id eſt, univerſitatem multorum capitum; eſt tamen unum ex capitibus illis quæ gregem conſtituebant, ac proinde pars rei legatæ, *vide & l. peculium 63. §. 1. de leg. 2. l. ſic hærus 79. eod. Fabrot. ad Theoph. hic.*

Poſt teſtamentum gregi adiiciuntur] Exemplum contrarium, cum rei legatæ vivo tempore aliquid acceſſit. Cui grex legatus eſt, ad eum etiam omnia capita pertinent, quæ poſtea gregi adjecta ſunt, *l. grege 21. de legat.* 1. Ratio eſt, quia teſtator non illum gregem, quantus tunc erat, ſed planè quantuſcumque erit, cum dies legati cedet, legaſſe intelligitur. In ſumma grex legatario creſcit & decreſcit. Eademque ratio legati armenti & equitii.

Unum corpus ex diſtantibus capitibus] Ut ædium ſic etiam gregis unum corpus eſt: verùm illud *συνημμένον*, id eſt, *connexum*, atque ex pluribus partibus inter ſe cohærentibus conſtans, hoc *διεστώς*, *disjunctum*, conſtans ex pluribus corporibus diſtantibus, ut populus, legio, collegium, *l. in rem. 23. §. item quæcumque 5. de rei vend. l. rerum 30. de uſuc.*

Textus.

De ædibus legatis.

19. *Ædibus denique legatis, columnas & marmora, quæ poſt teſtamentum factum adjecta ſunt, legato dicimus cedere.*

Notæ.

19. *Poſt teſtam. adiecta*] *leg. 41. §. 9. & ſeqq. de leg. 2.* Sed & ſi areæ legatæ domus impoſita ſit, placet & ſuperficiem legato cedere; niſi teſtator voluntatem mutaverit, *l. 39. eod. 2. l. 44. §. 4. eod. 1.*

Commentarius.

1 *Si areæ legatæ domus impoſita ſit, ſuperficiem ſimul cum ſolo deberi. Et quid ſi res legata in aliam ſpeciem mutata ſit.*

1 Aliud exemplum augmenti rei legatæ. Per columnas autem & marmora quælibet additamenta intelligenda ſunt, *l. cætera 41. §. item 9. & ſeqq. de legat. 1.* Sed ſi areæ legatæ domus impoſita ſit, placet domum, hoc eſt, & ſolum & ſuperficiem deberi, ut diſertè traditum eſt in *leg. ſi areæ 39. de legat. 2. & l. ſi ſervum 44. §. ſi area 4. de legat. 1.* ubi hæc quidem additur exceptio, niſi teſtator mutavit voluntatem: ſed exceptio illa confirmat, ſolo eo facto teſtatorem voluntatem mutaſſe non videri: ac proinde in dubio aream cum ſuperficie deberi. Quippe cui ſuperficies etiam aliàs jure acceſſionis cedit; ut res aucta potiùs, quàm mutata videatur, *§. cum in ſuo 29. & ſeq. ſup. de rer. div. l. qui res 98. §. ult. de ſolut.* Non eſt contrarium, quod apud Cajum ſcriptum eſt, ſi domo, quæ legata erat, deſtructa aliam eodem loco teſtator ædificaverit, legatum non deberi, *l. ſi ita legatum, §. ult. de legat. 1.* quia deſtructione rei legatæ legatum interit, veluti ſi domum legatam teſtator diruat, navem legatam diſſolvat, *l. lana 88. §. 2. de legat. 3.* Nova autem domus non debetur, quia non intelligitur legata; niſi aliud teſtatorem ſenſiſſe fuerit approbatum. Magis obſtat locus Celſi in *l. ſi chorus 79. §. pen. de legat. 3.* & omnino adverſatur, niſi hæc Celſi verba, *quamquam tunc peti non poterat*, per conceſſionem accipiantur. Ut ſi hic ſenſus; quamvis ponatur is caſus, quo tunc, id eſt, ſtante ędificio, legatum peti non potuit, uti non poteſt, cum conſtat teſtatorem ſic ædificaſſe, ut nollet domum deberi; quæ exceptio eſt *d. l. ſervum 44. §. ſi areæ, de legat. 1.* tamen nunc, id eſt, ædificio deſtructo, poſſe aream peti: quia mutatio voluntatis tantùm in eo fuit, ne domus deberetur, ita *Duar. ad l. 8. de legat. 1. Don. 8. comm. 17.* Quòd ſi res legata in aliam ſpeciem mutata fuerit, ſi quidem ea ſpecies ad priſtinam materiam redire non poteſt, veluti ſi ex marmore ſtatua, ex lana legata veſtis, ex materia legata navis facta ſit, legatum intercidit, *l. quæſitum 68. § illud 4. d. l. lana, pr. & §. 1. de legat. 3.* Si verò ſpecies, in quam res translata eſt, in ſuum initium redigi poteſt, veluti ſi maſſa legata, ſcyphi ex ea facti ſint, placet conſiſtere legatum, atque in hujuſmodi materiam prævalere, *d. l. quæſitum, § illud, d. l. lana, §. ult. fac. § cum ex aliena 35. ſup. de rer. div.* niſi tamen aut hic hæres probet teſtatorem à legato receſſiſſe, aut illic legatarius probet non receſſiſſe; quomodò accipi debet Ulp. in *d. l. ſervum, §. ſi pocula, de legat. 1. adi. Don. d. cap. 17. Cujac. 5. ad African. in l. qui uſumfructum 36. de uſufr. & 23. obſ. 22.*

Textus.

De peculio.

20. *Si peculium legatum fuerit, ſine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo teſtatore, legatarii lucro vel damno eſt. Quòd ſi poſt mortem teſtatoris ante aditam hæreditatem aliquid ſervus acquiſierit, Julianus ait, ſiquidem ipſi manumiſſo peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hæreditatem acquiſitum eſt, legatario cedere; quia hujuſmodi legati dies ab adita hæreditate cedit: ſed ſi extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, niſi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium*

autem

Digitized by Google

autem; niſi legatum fuerit, manumiſſo non debetur: quamvis, ſi vivus manumiſerit, ſufficit, ſi non adimatur; & ita divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, peculio legato non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem reſcripſerunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber eſſe juſtus eſt, & ex eo reliqua inferre.

Notæ.

20. Si *extraneo, &c. non cedere ea legato*] Quoniam dies legati extraneò cedit ſtatim à morte teſtatoris, exceptis conditionalibus & quæ ad hæredem non tranſeunt, *l.2. cum 3. ſeq. quand. d.leg. l.un. §.6. & 7. C. de cad. toll.*

Peculium, niſi legatum, &c.] Ex Ulpiano *l.24. d. tit.*

Sufficit, ſi non adimatur] Hoc enim ipſo, quòd dominus peculium apud jam liberum factum manere patitur, non obſcurè id ei donat, *l.53. de pecul. l.un. C. de pec. ejus, qui lib. mer.*

Quam in rationes dominicas] Hoc ideò, quia quod dominus ſervo debet, verum debitum non eſt; quamvis peculium augeat, *l.6. §.4. de pec. l.7. §. pen. de pecul.*

Commentarius.

1 *Cujus lucro vel damno ſit, quod peculio legato vivo teſtatore accedit aut decedit.*

2 *Cur placeat, ſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, etiam quod poſt mortem teſtatoris ante aditam hæreditatem extrinſecus acceſſerit, legato cedere; ſi extraneo, non, item.*

3 *Explicatur l.8. §. ult. de pecul. legat.*

4 *Cur ſervo teſtamento manumiſſo peculium non debeatur, niſi legatum ſit; inter vivos manumiſſum ſequatur, niſi ademptum fuerit.*

5 *Legato peculii non contineri, quod ſervus domino expenſum tulit.*

6 *Peculium legatum videri ei, qui rationibus reliquiſque redditis liber eſſe juſſus eſt.*

Multa ex hoc §. diſcimus. Primùm, cujus lucro vel damno cedat augumentum vel deminutio peculii legati: deinde ſervo, qui peculium habet, manumiſſo, quem peculium ſequatur: tum legato peculii an contineatur, quod expenſum in rationes dominicas: poſtremò, qui rationibus reliquiſque redditis liber eſſe juſſus eſt, an peculium ei legatum intelligatur.

Accedit vel decedit vivo teſtatore] Peculium eſt inſtar univerſi alicujus patrimonii in quo ſunt corpora & nomina ac jura, ſeu credita & debita. 1 Paſſim *tit. de pecul.* Unde fit, ut facilè & deminutionem & incrementum recipiat, *l. peculium 65. pr. de l.2.* Papyrius Fronto dicebat peculium ſimile eſſe homini; quippè naſci, creſcere, decreſcere, mori, *l. peculium 40. de pecul.* Ait, *vivo teſtatore.* Neque hic diſtinguitur, utrùm ipſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, an extraneo; neque etiam utrùm ex rebus peculiaribus auctum ſit peculium, an extrinſecus. Ratio eſt, quia quamdiu teſtator vivit, nullo caſu dies legati cedit, id eſt, nihil dum deberi intelligitur.

Quòd ſi poſt mortem teſtatoris, &c. Si poſt mortem teſtatoris ante aditam hæreditatem auctum fuerit peculium, hic intereſt, ipſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, an extraneo: deinde ſi extraneo, utrùm auctum ſit peculium ex rebus ipſis peculiaribus, puta ex partu ancillarum, vel fœtu pecorum; an quid aliunde peculio acceſſerit, puta ex operis aut quæſtu ſervi, ex donationibus aut legatis. Si ipſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, placet, omne augmentum legato cedere: ſi extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus duntaxat; cætera non deberi, ſed ad hæredem pertinere, *l.8. §. ult. de pec. leg. & hoc noſtro text.* Rationem diverſi juris mox audiemus.

Quia hujuſmodi legati dies ab adita hæreditate cedit] Ratio cur placeat in caſu, quo ipſi ſervo peculium legatum eſt, etiam id, quod jacente hæreditate ex operis ejus vel ex alia re non peculiari accedit, ipſius lucro eſſe. Unde quoque ſimul intelligimus, cur in caſu oppoſito penes hæredem illud maneat. Nimirum ſic in univerſum jus eſt, ut cum quæritur, quantum ſit in legato, id tempus inſpiciatur, quo dies legati cedit, *l.8. §. ult. de pec. leg.* id eſt, cum res legata deberi incipit, *l. cedere* 2 *113. de verb. ſing.* neque enim ante ad legatarium quicquam pertinere poteſt. Proinde ſi ante diem legati cedentem quovis modo auctum fuerit legatum, etiam augmentum illud legatario debetur: ſi poſt diem cedentem, id ſolùm, quod res ipſa ex ſe producit. Jam verò quando ipſi ſervo manumiſſo peculium legatum eſt, tam peculii legati, quàm libertatis dies ab adita demum hæreditate cedit, *l.7. in fin. cum l. ſeqq. quand. dies legat.* quando autem extraneo, cedit ſtatim à morte teſtatoris, ſicut in cæteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus, & quæ ad hæredem non tranſeunt, *l.2. cum 3. ſeq. d. tit. l.un. §. in noviſſimo 5. & §. ſeq. C. de cad. toll.* Conſentaneum igitur omninò eſt, ut peculium legatum ſervo creſcat, eumque ſequatur cum omni augmento uſque ad aditam hæreditatem: extraneo, augeatur quovis quidem modo uſque ad tempus mortis teſtatoris; cæterùm quod jacente hæreditate extrinſecus accedit, hæredis lucro ſit. Quod tamen diximus, peculii legati diem extraneo cedere ex mortis teſtatoris tempore, ei apertè adverſatur, quod ex Juliani ſententia Ulpianus *in l. denique 8. §. ult. de pecul. legat.* ſcribit, ſi ipſi ſervo peculium legetur, *tempus ſpectandum quo dies legati cedit:* ſi verò extraneo, *mortis tempus.* Ergo in extraneo mortis tempus non eſt illud, quo dies legati peculii cedit. Pauciſſimi ſunt interpretes, qui hoc animadverterunt: & tamen locus iſte cum aliis omni-

omnibus, quibus pro certo jure traditur diem legati cedere à tempore mortis teſtatoris, tam maniſeſtè pugnat, ut ſine incuſatione Compilatorum pugna hæc ſedari non poſſit. Quid ergo dicimus? Nimirùm Ulpianum cum Juliano reſpondiſſe ſecundùm jus ſuorum temporum, & ſena-
3 tuſconſulta, quæ circa legem Papiam facta ſunt ex quibus dies legatorum non à morte teſtatoris; ſed ab apertura tabularum cedebat, *d. l. un. §. 1. C. de cad. toll.* Quam ob cauſam etiam aliam hujus differentiæ rationem afferunt; petitam à conjectura voluntatis teſtatoris. Id verò antiqui juris veſtigium oculos ac manus conſarcinatorum fugiſſe.

Niſi ex rebus peculiaribus] Puta ex partu peculiarium ancillarum fœtuve pecorum, *d. l. 8. §. ult. de pecul. leg.* Hoc enim cum accedit, ipſum pecolium ex ſe augetur atque amplificatur: ut hujuſmodi augmentum etiam poſt diem legari cedentem contingens meritò legatarium ſequatur, *arg. §. item ea 19. ſup. de rer. div. l. 6. de acq. rer. dom.*

Peculium autem niſi legatum, &c. quamvis ſi inter vivos] Servo teſtamento manumiſſo peculium, niſi nominatim ei legatum fuerit, non debetur, *l. ſi legatus 24. de pec. leg.* At eum, qui inter vivos manumittitur, placet peculium ſequi, ſi non adimatur, *l. ſi Sticho 53. de pecul. l. un. Cod. de pecul. ejus qui lib. mer.* Quæritur ratio differentiæ. Gloſſa ex Joanne hanc affert, quòd inter vivos manumiſſus operas patrono debeat, in quorum compenſationem peculium ei relictum credendum ſit: libertus autem Orcinus neque hæredi neque ulli alii operas præſtare teneatur. Schneidevvimus ex Jo. Fabro hanc, quòd dominus ſervum, quem inter vivos manumittit, majori affectione proſequatur, quàm quem teſtamento; ac proindè etiam majorem erga illum exercere intelligitur liberalitatem, quàm erga hunc, cui libertatem in id tempus confert, quo rebus ſuis ampliùs uti non poteſt. Hinc eſſe, quòd plus me-
4 reri dicatur, qui vivens dat eleemoſynam, quàm qui moriens, &c. Sed quid nodum in ſcirpo quærimus? Peculium ſervo vindicta, verbi causâ manumiſſo relictum, cum neque ut compenſatio operarum ſequitur; quippè quas etiam adempto peculio præſtaret: neque quia major putatur eſſe actio domini erga ſervum, quem vindicta, quàm quem teſtamento manumittit: licèt enim hoc verum ſit, tamen cùm morientes longè ſimus liberaliores, quàm viventes & adhuc valentes, liberalior quoque ac prolixior interpretatio convenit voluntati morientium, quàm viventium, *l. in teſtamentis 12. de reg. jur.* Denique & cum teſtamento & cum vindicta ſervus manumittitur, manumiſſio ipſa præter libertatem nihil ei tribuit: eſt enim manumiſſio non peculii datio ſed libertatis. Sed quòd vindicta manumiſſum peculium ſequi placet, ſi id ei non adimatur, hanc rationem habet, quòd duplex in tali caſu donatio eſt; una expreſſa libertatis; altera tacita, minimè tamen obſcura, peculii. Etenim cum dominus manumiſſo peculium non adimit, ſed id eum jam libertum ſibi habere permittit, hoc ipſo non obſcurè id ei donat ac concedit, cùm ſi donatum nollet, poſſet adimere. Hoc verò in manumiſſum teſtamento quadrare non poteſt, qui non niſi poſt mortem teſtatoris libertatem conſequitur, hoc eſt, eo tempore, quo qui libertatem dedit, peculium liberto relinquere non poteſt: & qui cum poterat, nominatim non relinquit, ideò id apud hæredem ſuum cum cætero jure manere voluiſſe cenſetur, *fac. d. l. Sticho 53. de pecul. d. l. un. de pecul. ejus qui lib.*

Petitionem pecuniæ, quàm in res dominicas] Quamvis, quod ſervus domino expenſum tulit, id eſt, quod ei dominus debet, peculium ſervi augeat, veniatque in actionem de peculio, *l. 7. §. pen. de pecul.* tamen quia verùm debitum non eſt, 5
nec ex ea cauſa actio ſervo competere poteſt, placet peculio legato id non contineri, *l. 6. § ſicut 4. de pecul. leg.* Quin etiam reſponſum eſt, ſi ſervo inter vivos manumiſſo peculium ademptum non ſit, ac proinde conceſſum; tamen eum debitores peculiares convenire non poſſe, niſi mandatis ſibi actionibus, *d. l. Sticho 53. de pecul.* adeòque verum videtur, quod Theophilus ſcribit, peculio legato, *τὰ ἐν προχείρῳ ὄντα ἢ ἐν ἑτοίμῳ*, *quæ in promptum & in parato ſunt*, dumtaxat dominum legaſſe cenſeri.

Et ex eo reliqua inferre] Ex eo ſolò, quòd quis ſervum ſuum liberum eſſe juſſit, ſi rationes reddidiſſet, peculium ei legatum defendi non poteſt: nam nec ſi vetuiſſet teſtator rationes ab eo exigi, peculium ei legatum cenſeretur, *l. dominus 23. §. 2. de pec. leg.* Cæterùm ſi rationibus red- 6
ditis reliqua, id eſt, quæ putatis rationibus domino eum debere compertum fuerit, de peculio ſolvere, aut certam ſummam hæredibus inferre juſſus ſit, ei quod in peculio ſupereſt, legatum intelligitur, *l. 8. §. interdum 7. d. tit.* Nam qui ſervum ex peculio, quod debet, aut partem peculii inferre juſſit, non poteſt non videri de cætero aliter ſenſiſſe, *per l. quæſitum 12. §. idem reſpondit 43. verſ. denique Neratius, de inſtruct. vel inſtrum. legat.*

TEXTUS.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

21. *Tam autem corporales res legari poſſunt quàm incorporales: & ideò quod defuncto debetur, poteſt alicui legari, ut actiones ſuas hæres legatario præſtet: niſi exegerit vivus teſtator pecuniam. Nam hoc caſu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet;* Damnas eſto hæres meus domum illius reficere: vel illum ære alieno liberare.

Nam

Notæ.

Actiones legatario præſtes] *d. l.44. §.6. d. l.75. §.2. eod.1.* Sed & non expectata ceſſione actionum directarum utiliùs ſuo nomine experiri poteſt, *l.18. C. eod.*

Commentarius.

1 *Legato nominis quid contineatur.*
2 *Extingui hoc legatum, ſi dum vivit teſtator, debitum exactum fuerit, aut etiam ultro ſolutum: & quare.*
3 *Admitti tamen hic probationem non mutatæ voluntatis ex facti circumſtantiis.*
4 *Quid juris, ſi cùm debitum peti cœptum eſſet, teſtator inter moras judicii, aut nondum facta ſolutione deceſſerit.*
5 *Etiam facta legari poſſe, ut qui juſſus eſt facere parere debeat; & quibus conditionibus.*

COncludi hic videtur locus de rebus, quæ rectè legentur. Duo autem ſunt, quæ hoc §. docemur. Unum eſt, poſſe legari tam res incorporales, quàm corporales. In textu trajectio eſt. Alterum, non ſolùm res, quæ propriè & ſpecialiter ita dicuntur, legari poſſe, ſed etiam facta.

Quàm incorporales] Non modò res corporales, ut fundus, ædes, homo, veſtis, aurum argentum, pecunia numerata, &c. legari poſſunt: ſed etiam incorporales, ut uſus, uſus fructus, ſervitutes prædiorum, pars hæreditatis, aut bonorum liberatio, actio, ſeu nomen debitoris. Et hoc eſt, quod juriſconſultus ait, & corpora omnia & jura & ſervitutes, legari poſſe, *l. cætera 41. in pr. de legat.1.* Quid uſu fructu, quid ſervitute legata legato contineatur, explicatur propriis *tit. in* Pand. quid legata parte hæreditatis, *l.8. § ult. de legat. 2. l. mulier. 22. §. ult. ad ſen. Treb.* quid parte bonorum, *l.9. de legat.2. l. non amplius 26. § 2. l. ſi quis 23. de legat.1.* De liberatione legata, & quid eo legato contineatur, diximus ſup. *§. ſi quis debitori 13.* agiturque de eo item tit. proprio in *ff.* Hic de legato nominis agendum eſt.

Quod defuncto debetur, poteſt alicui legari] Quod mihi debetur, & debitori meo rectè lego, legatum dicitur liberationis, & tertio alicui. Veluti, *Centum, quæ mihi Sejus ex cauſa mutui debet, Titio do, lego, l. ſi ſic legatum 75 §.1. & 2. l. non quocunque 80 §. pen. de legat.1.* eſtque id legatum, quod paſſim nominis appellatur, *l. ſervum 44. ſed et ſi 6. de legat.1. l.11. §. ergo 13. l. nomen 34. l. qui chirographum 59. de legat.3. l. ex legato 18. C. de legat.* Qui chirographum legat, debitum quoque ſeu nomen aut actionem legare intelligitur, non tabulas ſolùm, *d. l. ſervum, §. eum 5. de legat.1. d. l. qui chirographum, eod. 3.*

Ut actiones legatario præſtes] Legato nominis
1 nihil ampliùs continetur, quàm ut actiones ſuas hæres præſtet, *d. l. ſervum, §. ſed & ſi, d. l. ſi ſic legatum, §.2. l. legatum 105. de legat.1.* Ex quo intelligere poſſumus, nomine legato neque pecuniam ab hærede poſſe exigi, neque periculo ejus nomen eſſe: ſed ceſſione actionum, licet inanium, ſi forè debitor ſolvendo non ſit, hæredem defungi: tum etiam nullum eſſe tale legatum, ſi nihil debeatur, vel eo etiam caſu, quo certam quantitatem teſtator expreſſit, veluti ſi dixerit; *Decem, quæ mihi Sejus debet, Titio lego, d. l. ſi ſic legatum, §.2.* Atque olim quidem ſive nomen legatum fuerat, ſive venditum aut donatum, nulla actio legatario, venditori aut donatario prodita erat, qua ſuo nomine cum debitore experirentur; ſed exſpectandum iis erat, donec hæres aut creditor actiones ſuas mandaret: quibus mandatis, non ſuo, ſed mandantis nomine, & procuratores in rem ſuam experiebantur. Poſteà verò his utiles actiones adverſùs debitores tribui cœperunt quas ſuo nomine, non exſpectata ceſſione directarum, exercerent, *l. ex legato 18. C. hoc tit. l.5 & l.7. C. de hæred. vel act. vend. l. ſi cum 16. in pr. de pact.* Quod ideò videtur conſtitutum eſſe, quia ceſſio actionum ſæpè protrahebatur, & interdum nec cedi actio poteſt, ut in ſpecie *l.1. Cod. de obl. & act.*

Niſi exegerit teſtator pecuniam] Nominis legatum ita demum effectum habet, ſi debitum a vivo teſtatore exactum non fuerit; cæterùm ſi te- 2
ſtator poſt factum teſtamentum pecuniam à debitore exegerit, legatum extinguitur, teſte Ulp. *d. l. ſi ſic legatum, § 2. de leg.1.* Quod hic confirmat Juſtinianus. Ratio hujus rei eſt, quia teſtator exacto debito, quod legaverat, ademiſſe legatum videtur: quemadmodum & ille, qui rem legatam poſteà alienavit, *l. fideicommiſſa 11. §. ſi rem 12. & ſeq. de legat.3.* Quin alia etiam ratione, eaque fortiore id hic efficitur, quàm ubi res legata poſteà alienatur. Nam res tametſi alienata eſt, durat, legatumque conſiſtere poteſt, licèt res aliena facta ſit: at cum nomen exactum eſt, extinguitur ipſa ſubſtantia debiti, ἡ οὐσία τοῦ χρέους hoc eſt, illud ipſum, quod legatum eſt, perimitur, ne fruſtrà deſideraturus ſit legatarius actiones ſibi ab hærede præſtari, quæ nullæ ſuperſunt. Hæc differentiæ ratio indicatur, *d. l. fideicommiſſa, §. ergo 13. & d. l. ſi ſic legatum, §.2.* nec abſimile eſt, quod traditur *in l.7. §. liberatio, de lib. leg.* legatum liberationis evaneſcere, ſi dum vivit teſtator, debitum exactum fuerit. Sed & ſi ultro, quod debebatur, ſolutum eſt, vel acceptilatione aliave qualibet ratione debitor liberatus, legatum nominis, ſicut & li- 3
berationis, extinguitur, *l. ſi id 21. de lib. leg.* Enimverò etiam hic admittitur probatio non mutatæ voluntatis ex facti circumſtantiis, *l. pen. §. ult. de adim. leg.* Finge, ideò nomen exactum eſſe, quia fortè debitor ad inopiam vergebat, & pecuniam pro depoſito teſtatorem habuiſſe; poterit legatum aut fideicommiſſum peti, quaſi non hoc animo teſtator debitum exegerit, ut legatum adimeret *d. l. fideicommiſſa, §. ergo.* Petetur autem hoc caſu legatum rectà ab hærede; nam fruſtra etiam hic legatarius ageret cum hærede, ut actiones ſibi cedantur. Quippè quæ debitore liberato nullæ ſuperſunt. Similiter ſi debitor ultro pecuniam obtulit, & acceptam item pro depoſito teſtator

hi·

habuie, placet legati aut fideicommiſſi petitionem ſupereſſe, quaſi voluntate non mutata, *d. §. ergo, l. fideicommiſſaria*. Exigi verò etiam in hoc caſu videtur, ut in depoſito ſit habita pecunia: ſecus autem eſſe, ſi ut in ſolutum data, ita ſimpliciter in ſolutum accepta ſit, *arg. d. l. fideicommiſſa, § ergo, d. l. ſi id 21. de lib. leg.* ubi ſimpliciter Juriſconſultus reſpondet, ſolutione debiti extingui legatum nominis. Gloſſa tamen diſtinguendum putat inter debitorem, qui ultro ſolvit,
4 & qui à creditore conventus: quam diſtinctionem Schenck idevvino probari video. Ait, *niſi exegerit*. Quid ergo, ſi cùm pecunia peti cœpta eſſet teſtator inter moras judicii, aut etiam poſt ſententiam nondum facta ſolutione deceſſerit? Bart. *in l. nepoti, de inſtruct. vel inſtrum. leg.* eumque ſecuti *Ang. & Mynſ. hic*, putant, eo caſu petitionem legati ſupereſſe, nec intelligi ademptum legatum quamdiu res non deſiit eſſe planè integra. Et verò ſi rem legatam vendidiſſet teſtator, eaque nondum tradita deceſſiſſet, legatum pro extincto non eſſe habendum probat text. *l. prædia 27. §. liberto 3 de inſtruct. vel. inſtrum. leg.* Quod etiam nobis videri ſupra diximus in *§. ſi rem 12.* Sed non ſunt hæc prorſus ſimilia. Et alienatio rei legatæ non neceſſaria, & petitio debiti, argumenta ſunt mutatæ voluntatis. Cæterùm nuda venditio ſeu quæ traditione conſummata non eſt, pro alienatione non habetur, quod effectum attinet ademptionis; ideò ſcilicet; quia traditio arbitrii venditoris ejuſdemque teſtatoris eſt, qui rei dominio, quod transferre poterat, retento, & maximè ſi nec pretium acceperit, non videtur protinus legatum ademptum voluiſſe. Non debet autem legatario prodeſſe, quòd moras nectit debitor, aut judex ſententiam differt. Adde quòd actio in judicium deducta cõſumitur, licèt nova naſcatur judicatio. Nihil ſanè pro Bart. ſententia facit *d. l. 6. de inſtr. leg.* Nam in ſpecie illic propoſita vel maximè debetur, quod exactum eſt, idque pro confeſſo ſumitur: ſed dubitatur, an ſi debitor condemnatus vivente teſtatore non ſatisfecit, etiam ejus petitionem legatarius habeat, quod ex ſententia judicis debitum necdum ſolutum eſt, propter verba legati, *Quod meum erit*, quibus teſtator uſus proponitur.

Damnas eſto hæres domum illius reficere] Etiam facta, ut diximus, rectà legantur aut in fideicommiſſum deducuntur. Id eſt, damnari poteſt hæres, aliuſve, qui teſtamento obligari poteſt, rogari,
5 ut aliquid in gratiam alterius faciat, vel non faciat; & qui juſſus aut rogatus eſt, parere debet, modo ne quod fieri ſcriptum eſt, contra jus vel bonos mores ſit, *l. ſi quis 112. §. pen. de leg. 1.* aut æſtimationem non recipiat, veluti ſi hæres liberos ſuos emancipare juſſus ſit, aut extraneum aliquem adoptare, *l. filiusfa. 114. §. ſed ſi 8. de leg. 1. l. uxorem 41. §. ejus 8. de legat. 3.* junge tamen *l. ſi eni 92. de cond. & dem.* Facere jubetur hæres & licitè in exemplis hic propoſitis, eum damnatur domum alicujus reficere, vel aliquem ære alieno liberare, & ſimilibus, veluti ſi jubeatur alteri domum vel monimentum extruere, aut functum vendere, *l. mortuo 49. §. ult. de leg. 2. l. ſi eni 49. §. antepen. & ſeqq. eod. t. l. fideicommiſſa, §. ult. eod. 3. Paul. 3. ſent. 6.* Non facere, veluti ſi vetetur fundum aut domum aliamve rem alienare extra familiam, *d. l. filiusf. §. cum pater 15. de legat. 1. l. peto 69. §. fratre 3. eod. 2.* Planè ſi id, quod fieri juſſum eſt, ad nullius utilitatem pertineat, veluti ſi teſtamento quid vetitum alienari, nec cauſa expreſſa ſit, & perſona ignoretur, propter quam teſtator id fieri velit, placet ſcripturam, quaſi nudum præceptum contineat, nullius momenti eſſe, *d. l. filiusf. §. Divi 14. l. pater 38. §. Iulius, l. Lucius, in pr. de leg. 3.* Ejuſdem generis ſunt, quæ à Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa ſepulturam voluntates, veluti ut veſtes aut ornamenta in funus impendantur, *leg. ferro 113. §. ult. de leg. 1. l. ult. de aur. leg.*

TEXTUS.

De legato generali.

22 *Si generaliter ſervus, vel res alia legetur, electio legatarii eſt, niſi aliud teſtator dixerit.*

NOTÆ.

22 *Si generaliter*] Valet legatum generis, cum corpora ei ſubjecta ſunt uniuſmodi, eadem forma interna & natura conſtant, veluti ſi homo, equus aut bos legetur: aliàs inutile eſt, v.g. ſi animal legatum ſit. Sed & ſi domus legata ſit aut fundus, nec fundum ullum aut domum teſtator habeat, magis deriſorium, quàm utile legatum eſt, *l. 69. § 4. de jur. dot. fac. l. 71. de leg. 1.* nimirum quia iſta certam determinationem à natura non habent, & nimium quàm utilitate diſtant, *l. 24. §. 2. eod. t.*

Electio legatarii eſt] *Leg. 108. §. 2. eod. t. leg. 2. §. 1. de opt. leg.* ut & in rebus disjunctim legatis, *l. 34. § pen. eod. t. l. 13. eod. 2.* Aliud eſt in contractibus, *§. 33. verſ. Huic autem inſt. de act. l. 10. in fin. de jur. dot.* Neque enim tam largam contractus, quàm ultimæ voluntates interpretationem recipiunt, *l. 12. de reg. jur.* Non eſt autem electio hæc planè libera, *v. l. 37. de leg. 1.*

Aliud teſtator dixerit] Aut ſermonem ad hæredem direxerit, ut in formula legati damnationis: nam per exæquationem legatorum nihil derogatum voluntati teſtatoris, *§. 2. ſup. eodem* Vveſ.

COMMENTARIUS.

1 *Quid prudentibus ſit genus, quid ſpecies.*
2 *Definitionem hujus §. ad genera ſumma aut ſubalterna non pertinere, ſed tantùm ad genus infimum: nec tamen aliter, quàm ſi ſpecies huic generi ſubjectæ certam à natura habeant determinationem.*
3 *Si res generi legato ſubjectæ natura determinatæ non ſunt, legatum inutile eſſe, niſi teſtator res*

ex

ex eo genere habeat: & num hoc etiam in fundo ſimpliciter legato obtineat.

4 *Ubi utile eſt legatum generis, regulariter electionem eſſe legatarii.*

5 *Vetus & ſpecioſa inter genera legatorum circa poteſtatem eligendi differentia.*

6 *An ipſius differentiæ ratio adhuc habenda poſtquàm legatorum omnium una cœpit eſſe natura.*

7 *Quibus caſibus hæredis ſit electio, etiamſi teſtator id non expreſſerit.*

8 *Electionem in caſu noſtro non eſſe uſquequaque liberam; & quid hic jure patrio.*

INſignis hic locus eſt, & difficilis. Illud primò
notandum, genera à noſtris dici ea omnia quę
1 ſub appellatione communi plures res huic appel-
lationi ſubjectas continent, etiam ea, quæ pleri-
que Dialecticorum ſpecies eſſe ajunt, genera eſſe
negant, cujuſmodi ſunt, verbi cauſa homo,
equus, bos; ſpecies autem noſtris eſſe, quæ Dia-
lectici vulgò vocant individua, & non eſſe ſpecies
contendunt, ut Stichus, hic equus, hic bos. In quo
noſtri communem uſum loquendi ſequuntur:
veluti cum dicunt, in mutuo recipi non eamdem
ſpeciem, ſed genus; pro quo in ſcholis dicerent,
non idem numero, ſed idem ſpecie. Quin etiam
ex ſententia quorundam philoſophorum revera
quæ de individuis prædicantur, genera ſunt, ſcili-
2 cet infima, individua ipſa ſpecies, nempè ſpecia-
liſſimæ, atque adeò ab ipſo etiam Ariſtotele ſic
appellantur, ut videre eſt *l.2. philoſ. cap.3. & lib.4.
cap.4. item lib.1. de part. animal. cap.4.* Deinde non
omne legatum generis valere. Interpretes pri-
mùm & rectè hinc removent genera ſumma &
ſubalterna, veluti ſi quis ſubſtantiam, corpus, aut
animal ſimpliciter leget; quia in his ea eſt infi-
nitas generis, ut rem leviſſimam ex eo genere, &
vel minimam de mundo, ut loquuntur, hæres
præſtando liberaretur. Dein in genere infimo,
quod uti diximus, in ſcholis eſt infima ſpecies,
rectè diſtinguunt inter res huic generi ſubjectas,
3 ut, ſi tales ſint quæ certam determinationem
habeant à natura, ut homo, equus, bos, earum re-
rum generaliter relictarum legatum valeat, *l.13.
l. legato 37. in pr. l. ſi ſervus* 108 *§.2. de legat.1. l. hæ-
redes 25. §. ſi incerto 17. fam. erciſc.* Si verò natura
determinatæ non ſint, ut fundus & domus, [quip-
pè quæ non natura, ſed deſtinatione hominis
conſtituuntur, *l.24. §. quod ſi, de legat.1. l. locus 60
de verb. ſign.*] in eo omnes conſentiunt, ut ſi teſta-
tor nullas ædes aut fundos habuerit, ex ſimplici
harum rerum legato nihil debeatur, magiſque
deriſorium tale legatum ſit, quàm utile, *leg. ſi do-
mus 71. de legat.1. leg. cum poſt 69. §. gener. de jur.
dot. l. ita ſtipulatus 115. in pr. de verb. obl.* utpotè
quod à ſuperiore nihil aut parum utilitate diſtet
aut, quod magis puto, quia his rebus ſimpliciter
legatis, nulliſque à teſtatore relictis, tanta eſt in-
certitudo, ut nullo modo definiri poſſit, quantum
præſtari debeat, ac proinde ſimiliter habendum
ac ſi corpus ignotum legatum ſit, *d. l. cum poſt,
§. gener.* Quòd ſi teſtator fundos aut ædes habue-
rit, ædibus ſimpliciter legatis, omnes conſen-
tiunt, legatum eſſe utile, unaſque ex his, quas te-
ſtator reliquit, deberi: eſtque in eam rem textus
apertus *in d. l. ſi domus, in pr.* At ſi fundum in ge-
nere legaverit, alii non magis hoc caſu legatum
valere putant, quàm ſi nullos fundos teſtator ha-
buiſſet: alii tam fundi legatum utile eſſe, quàm
domus, unumque ex fundis, quos teſtator regio-
nibus diſtinctos habuit, præſtandum. Pro illis
facit, quod generaliter traditum eſt, fundo non
demonſtrato nec legatum ullum nec ſtipulatio-
nem eſſe, *d. l. cum poſt, § gener. d. leg. ita ſtipula-
tus, in pr.* pro his exemplum ædium legatarum
d. l. ſi domus, de legat.1. quarum & fundi hactenus
eadem ratio videtur, *argm. d. l.24. §. pen. de
legat.1.* tum quod cum teſtator generaliter rem
aliquam legat, dari jubet, de ſuis eum rebus ſen-
ſiſſe exiſtimandus ſit, ut reſponſum eſt, ſi quis
hæredem damnaverit vinum, oleum, frumentum
dare, non adjecta quantitate, hoc legatum ſic
eſſe accipiendum, quaſi teſtator legaſſet vinum
oleum, frumentum ſuum, & tantum, quantum ex
his generibus habuit, *leg.7. de trit. vin. ol. leg.* Cui
ſententiæ, quæ eſt Petri de Bellapert. *in d. l. ita
ſtipulatus*, ego quoque accedo; quamvis contra-
ria pluribus probata dicatur: quod tamen &
ipſum incertum eſt, vel teſte Gomezio & ipſo
contrariæ ſententiæ aſſertore *1. reſol. 12. nu. 31. &
2. reſol. 11. num. 9. conſult. D. Don. in d. l. ita ſtipula-
tus, num. 53. & ſeqq.* ubi ſimul docet ſtipulationis
& legati non eamdem per omnia in propoſito
rationem eſſe: quod & verum eſſe, vel ex
ſola collatione, *d. l.7. de tritic. vin. leg. & l. triti-
cum 74. de verb. obl.* apparet. Quinimò, etſi nul-
lum fundum nullaſve ædes teſtator habuerit, ex
æquitate tamen juris Can. atque ex veriſimili
mente defuncti ſimplex harum rerum legatum
ſuſtinendum eſſe, & pro modo facultatum ejus,
dignitate ac charitate vel neceſſitudine legatarii
ſtatuendum, quales præſtari debeant, poſt Archi-
diac. Panorm. Felin. & Alexandrum cenſet idem
Gomezius *d. l. n.10.* ac moribus quoque id rece-
ptum tradunt *Autum. conſer. du. droict. ad d. l.71.
Grot. 2. introd. 22.*

Electio legatarii eſt] Ubi utile eſt legatum ge-
neris, placet electionem non hæredi, ſed legatario 4
dari, ut hic ſcriptum eſt, & *in l.2. §.1. de opt. leg.*
Idemque eſt, ſi plures res disjunctim legatæ ſint,
veluti Stichus aut Pamphilus, *l. planè 34. §. pen. de
legat.1. l. ſi is cui 19. l. Lucio 23. eod.2.* Aut ſi ex
duabus pluribuſque rebus nominatis una legata
fuerit, puta ſi ſic teſtator dixerit, *Ex duobus ſervis
meis unum Titio do, lego, l. qui duos 20. de legat.1.*
Diverſi autem caſus ſunt, qui proponuntur *in l. ſi
quis 32. §.1. l. cum ſervus 39. l. ſcio 6. eod:* Cæterùm
additur hic exceptio, *niſi aliud teſtator dixerit*.
Addamus & alteram, *niſi ſermonem ad hæredem di-
rexerit*; niſi potiùs dicimus, hoc etiam verbis
illis, *niſi aliud dixerit*, ſignificari. Sed etſi teſtator
aliud non dixit, magna tamen adhuc cautione,
quod hic ſimpliciter definit Juſtinianus, in legato
gene-

generis legararii elcctionem eſſe, indiget. Jure
veteri etiam, cum genere legato, aut duabus re-
5 bus disjunctim, de jure eligendi quæritur, diffe-
rentia erat inter genera legatorum. In legato
vendicationis legatario, in damnationis, hæredi
electio permittebatur: cujus differentiæ teſti-
monia non obſcura videmus *in l. planè* 34. §. *pen.*
l. ſi à ſubſtituto 45. §. 1. *l. ſi hæres* 110. *de legat.* 1. *d.*
l. ſi is cui, §. *Lucio*, *l. ſi ita* 43. §. *ult. eod.* 2. *l. qui*
concubinam 29. §. 2. *eod.* 3. Hoc autem & voluntas
teſtatoris exigere viſa eſt, & ratio juris. Volun-
tas teſtatoris: quippè qui in legato vendicationis
ſermonem confert ad legatarium, ei dans, legans,
eum ſumere, capere, ſibi habere jubens. In legato
autem damnationis hæredem alloquitur, dam-
nans, jubenſve eum dare aut facere. Ratio juris,
quia is, cui per vendicationem res legata erat,
non tantùm eam actione in perſonam ex teſta-
mento petere poterat, ſed etiam jus eam vendi-
candi habebat, & petendi actione in rem. Par au-
tem eſt, ei electionem tribui, qui rem vendicare
poteſt, quod ſignificat African. *l. ſi ſervus* 108. §. 2.
de legat. 1. ubi ait, ejus electionem eſſe oportere,
cui poteſtas ſit, qua actione uti velit. At cui per
damnationem quid relictum erat, is eam rem
vendicare non poterat, ſed tantùm in perſonam
ex teſtamento agere, hæredemque ut debitorem
quaſi ex contractu obligatum convenire, hujuſ-
modi puta formula, *Ajo te, mihi ſervum dare opor-*
tere, aut hoc, *Ajo, te mihi Stichum aut Pamphi-*
lum dare oportere. Itaque juris ratio poſtulabat,
ut hic hæredi concederetur electio, exemplo cæ-
terorum debitorum, quorum regulariter electio-
nem eſſe in debito generis, aut pluribus rebus
6 disjunctim promiſſis, conſtat, § *ſi quis agens* 33.
verſ. huic autem, *inf. de act.* *l. plerumque in fin. de*
jur. dot. l. ubi autem 75. §. *qui illud* 7. *de verb. obl.*
Quæritur verò, an hodie diſtinctionis iſtius ulla
porrò ratio habenda ſit. Nam poſtquàm Juſtinia-
nus differentiam generum legatorum ſuſtulit, le-
gataque omnia ſic exæquavit, ut etiam jus vendi-
candi, à quo jus eligendi pendere videtur, *per d. l.*
ſi ſervus 108. §. 2. *de legat.* 1. ex omnibus conceſ-
ſerit, *l.* 1. *S. comm. de legat.* multis viſum eſt, ele-
ctionem legatarii factam perpetuam, neque ex
modo legandi ampliùs æſtimandam. Verùm ego
eorum ſententiam veneror, qui negant, legato-
rum illam exæquationem ad effectum, de quo hic
agimus, trahi oportere; quippè quæ, ut ſupra
quoque monui, ſic ſemper accipienda ſit, ut ne
quid admittatur contra voluntatem teſtatoris.
Utri autem electionem tributam teſtator velit,
legatarione, an hæredi, non poteſt apertiùs de-
clarare, quàm cum jubet aut legatarium vendica-
re, aut hæredem dare. Illic enim, cum verba exe-
cutiva, ut loquuntur, ad legatarium dirigit, aper-
tiſſimè ſignificat, ſe eligendi quoque poteſtatem
ei facere: hic verò cum eadem verba ad hæredem
refere, hoc ipſo contra oſtendit, ſe hæredis arbi-
trio permittere, quàm rem velit, dare. Et igitur
ſi ita teſtator legaverit, *Hæres meus damnas eſto*
hominem dare, vel ſic alternativè, *Hæredem meum*
Sticum aut Pamphilum dare jubeo: in his lega-
tis dicimus, etiam nunc hæredi electionem con-
cedendam, non obſtante ſupra dicta exæquatio-
ne. Nihil enim magis rationi repugnat, quàm ut
ibi electionem tribuamus legatario, ubi eam te-
ſtator tam manifeſtè permittit hæredi. Quamo-
brem nec vindicationem legatario dari opor-
tebit, quum hæres declaraverit, quid ex genere,
aut rebus disjunctim hoc modo legatis præſtare
velit. Atque hanc ſententiam poſt *Gloſſ. Bart. &*
comm. DD. in l. Lucio 23. *de legat.* 2. *& in leg. legato*
27. *eod.* 1. *probat Gomez* 2. *var. reſol.* 11. *num.* 43.
nec non ſummi viri Covar. *in c. indicante, num.* 3.
C. de teſtam. Ant. Faber. 6. *conj.* 1. *Vveſemb. & Ba-*
chov. hic.

Niſi aliud teſtator dixerit] Aliud dixiſſe teſta-
tor intelligi debet, non tantùm ſi expreſſis verbis
hæredi electionem permiſerit, *l. ſervo* 12. *de op.*
leg. l. hujuſmodi 84. §. *Stichum* 9. *de legat.* 1. *l.* 11. *in*
fin. eod. 2. verùm etiam ſi verba legati executiva
ad hæredem direxerit, ut ſic, cum quid per dam-
nationem ab hærede legatur, ut jam dictum &
demonſtratum eſt. Plane enim, cùm ex voluntate
teſtatoris tota hæc res æſtimanda ſit, parum in-
tereſt, verbis, an per modum legandi voluntatem
ſuam declaraverit. Sed etſi teſtator aliud non di-
xerit, opus tamen hic eſt non una cautione. Nam 7
neque ad res omnes generaliter legatas definitio
Juſtiniani pertinet, & ad quas pertinet, in his ele-
ctio legatarii non eſt infinita. Sciamus igitur pri-
mùm, definitionem tantùm pertinere ad eas res,
quas ex eo genere teſtator habuit; ſi nullas ha-
buit, placere, hæredis arbitrio potiùs rem per-
mitti, quàm legatario infinitam electionem dari,
de qua veriſimile non eſt teſtatorem ſenſiſſe cum
tam inſigni onere hæredis, *arg. l. unum* 67. §. *ſi*
rem 8. *de legat.* 2. & quod de una certæ quantita-
tis expreſsè traditum eſt, *l.* 3. *de tritic. vin. leg.* non
eſt dubium, quin ad cæteras quoque res pertineat
idemque dicendum ſit non ſolùm ſi certa quanti-
tas, verùm etiam ſi corpus in genere legatum fue-
rit, puta ſervus, nec ullum ſervum teſtator reli-
querit. Id quod etiam ex eo efficitur, quia rei, quæ
teſtatoris non fuit, vindicatio legatario compete-
re non poteſt: at illa ceſſante, nulla electio, *d. l. ſi*
ſervus 108. § 2. *de legat.* 1. Deinde nec pertinere de-
finitionem ad res omnes quas teſtator ejus gene-
ris habuit, ſed ad corpora tantùm, aut ſpecies, non
ad quantitatem: quippè quæ undecunque ſumi &
ſolvi poteſt, *l.* 4. *de tritic. leg. l. Titia* 35. §. 1. *de aur.*
arg. leg. & qua legata ut quantitate, nec actionis
electio nec vendicatio eſt. Sed & cum corpora ge-
nere legato contenta certis finibus natura circum-
ſcripta non ſunt, qualia ſunt domus, navis, fundus
non legatarii, ſed hæredis electio eſt, qui rem
unam, quam volet, ex his, quas teſtator habuit,
legatario dabit. De domo legata hoc apertè ſcri-
ptum eſt in *l. ſi domus* 71. *in pr. de legat.* 1. quapro-
pter dubitandum non eſt, quin idem obtineat, ſi
navis ſimpliciter legata ſit, aut fundus, poſito, quod
nos putamus, fundi legatum valere, ſi teſtator fun-
dos habuit. Ratio eſt non ea, quam vulgò afferunt

Digitized by Google

quod hæres præſumatur meliùs ſcire, de qua re teſtator ſenſerit: nam hæc ratio in hæredibus extraneis, in impuberibus, furioſis, &c. locum non habet, & ſi vera eſſet, hæredi indiſtinctè tribui deberet electio: ſed ne, ſi legatario hic electionem concedimus, hæredem, ſupra quàm credibile eſt teſtatorem voluiſſe oneremus, quæ conjectura legis eſt, *d.l.unum.67.§.ſi rem de legat.2. Mantic. de conject. ult. vol. lib.3. tit.1. n.26.* Nam inter ædes, & ædes, inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri poteſt ut nulla ſit proportio, & major diſtantia, quàm inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupreſſos: quam ob cauſam etiam his rebus generaliter legatis, ſi teſtator nullas ejus generis habuit, legatum inutile habetur. Eſtque hæc etiam interpp. noſtrorum communis opinio, teſte Gomez, quàm ipſe & probat. 2. *var. reſ.11. n.9.* Auctoritas Pandectarum Florentinarum] in quibus hæc ſcriptura eſt *in pr. d.l. ſi domus: Si domus alicui ſimpliciter legata ſit, cogentur hæredes quàm vellet, domum ex his, quas teſtator habuit, legatario dare*, me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejuſdem conditionis indiſtinctè legata, putarem legatario electionem competere: ſed plus apud me nunc valet conſenſus reliquorum omnium exemplarium, in quibus conſtanter legitur, *cogetur hæres, quàm domum volet, &c.* ob rationem allegatam: & ſcriptura Flo-
8 rentina orationem efficit duriorem. In editione Haloandri legitur, *cogentur hæredes, quàm domum volent, &c.* quæ ſcriptura etiam certiùs, quàm vulgata, hæredi electionem tribuit. Poſtremò ſciendum eſt, etiam tunc cum legatario electio datur, non dari infinitam & per omnia liberam, ut poſſit ex genere legato quodcumque velit, etiam optimum eligere: puta verbi cauſa, homine generaliter legato, actionem; ſed concluſum intra modum, ut ne optimum accipiatur, *l.leg.37.de legat.1.* Unde apparet, veteres in tota hac electione id ſemper egiſſe, ne immenſum quid tribueretur legatario, neve hæres nimis oneraretur. Illud expeditum eſt: ſi de certo ſervo, aut re alia teſtator ſenſerit, nec appareat de qua, hæredis electionem eſſe, *d.l. legato, §.1. fac. l. ſi quis 32 §.1. l. cum ſervus 39 §. ſeio 6. eod.* Secundùm jus harum regionum ſic in dubio, genere legato, circa electionem definiendum cenſet Grotius *lib.2. manuduct. cap.22.* Si ejus generis, quod legatum eſt, res ſint in bonis defuncti, legatario electionem permittendam, ſive res iſtæ naturalem determinationem habeant, ut equus, ſive arbitrarium, ut domus, navis. Sin autem defunctus nullas ex eo genere res habuerit, aut ſi res pondere menſurave conſtans ſimpliciter legata ſit; tum hæredi permittendum unde velit, hujus generis rem ſumere & præſtare: id enim voluntati defuncti, cujus ſolius apud nos ratio habetur, maximè videri conſentaneum. Cæterum neque poſteriore hoc caſu hæredem defungi peſſimum dando, neque priore illo legatarium poſſe optimum vendicare, extra quam ſi duæ tantùm ſpecies iſtius generis in hæreditate defuncti reperiantur.

TEXTUS.

De optione legata.

23 *Optionis legatum, id eſt, ubi teſtator ex ſervis ſuis vel aliis rebus optare legatarium juſſerat, habebat olim in ſe conditionem: & ideò niſi ipſe legatarius vivus optaſſet, ad hæredem legatum non tranſmittebat. Sed ex conſtitutione noſtra, & hoc in meliorem ſtatum reformatum eſt, & data eſt licentia hæredi legatarii optare ſervum, licèt vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in noſtra conſtitutione additum eſt, ſive plures legatarii extiterint, quibus optio relicta eſt, & diſſentiant in corpore eligendo ſive unius legatarii plures hæredes ſint, & inter ſe circa optandum diſſentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam eſſe hujus optionis judicem, & forte hoc eſſe dirimendum, ut ad quem ſors pervenerit, illius ſententia in optione præcellat.*

NOTÆ.

23 *Habebat in ſe conditionem*] Σιωπηρῶς, quod tamen à Theophilo additum non eſt, ut quidam falsò tradunt.

Conſtitutione noſtra) Extat *in l.ult. C. comm. de legat.*

Sorte eſſe dirimendum] Frequens admodum etiam apud veteres ſortis judicium, *l.14. de judic. l.5. fam. erc. l.24. §.14. de fideic. lib.* ubi ſc. animi judicio negotium explicari non poteſt: aliàs ſorti res non committitur, *l.8. de pact. §.1. ſup. de ſatisd. tut. l.47. in fin. pr. C. de epiſc. & cler.*

COMMENTARIUS.

1 *Legatum electionis idem eſſe, quod optionis: diverſum autem à ſimplici legato generis & alternativo.*
2 *Legatum generale & alternativum quantumvis cum jure eligendi, non eſſe idem cum eo, quod optionis dicitur.*
3 *Optionis legatum habuiſſe olim in ſe conditionem, eamque cohærentem perſonæ legatarii, ita ut ad hæredes non tranſmitteretur.*
4 *Explicatur l. ſi ſic legatum, §. pen. de l.I. rejecta interpretatione Donelli.*
5 *Notatur inconſiderantia Bachovii.*
6 *In l. ult. C. comm. de legat. nihil cautum de jure optandi tranſmittendo: ſed temerè diverſos caſus miſceri.*
7 *Frequens fuiſſe apud veteres judicium ſortis: qui & micatione digitorum uſi.*

Qui-

Digitized by Google

QUidam putaverunt, aliud eſſe legatum optio-
nis, aliud electionis; quod falſum eſſe, at-
1 que utroque vocabulo ſignificari ſpecialem ac ſo-
lemnem electionem, manifeſtè apparet ex *l.3. de
legat.1.l.1.l.2.in pr. & ult.l.4. l.ſi tibi* 8. *in pr. &
paſſ.tit.de opt.vel elect. l.* Cæterùm legatum optio-
nis ſeu electionis diverſum eſſe à ſimplici legato
generis aut alternativo, certum eſt, *d. l.2. in
pr. & §.1. l.cum ita 9. §.1. d. tit.* Nec una inter
hæc differentia eſt. Nam primùm in legato op-
tionis ſolemnis eſt expreſſa electio, in legato au-
tem generis & alternativo ineſt quidem etiam
electio, ſed tacita & ſimplex, non ſolemnis. Dein-
de optionis legatum ſemper relinquitur per ven-
dicationem: generis aut alternativum ſæpè per
damnationem. Hinc eſt, quòd in legato optionis
electio ſit eſſentialis, atque ea, legata optione, non
2 poſſit non eſſe legatarii; in legato autem generali
& alternativo nonnunquam hæredi electio com-
petit; vel quia expreſsè ei data eſt, vel quia for-
ma legandi tacitè in eum collata. Præterea ge-
neris legatum purum eſt, ac proinde ſi antequàm
vendicet legatarius deceſſerit, ad hæredem tranſ-
mittitur, *l. nec ſemel* 11. *§. pen. quan. dies leg ced.*
ut optionis legatum habebat olim in ſe conditio-
nem, ſcilicet ſi ipſe legatarius optaſſet, ut hic ait
Juſtinianus: eratque adeò jus hoc optandi merè
perſonale, ut in hæredem transferri non potuerit.
Ad hæc cui genus legatum eſt, ei optimum ex eo
genere eligere non licet, *l. legato 37. de leg.1.*
ei autem licet, cui legata eſt optio, *l. ſi quis 9. §.
1. de dol. mal. Grot.2. manuduct. cap* 22. excepto
caſu ſpeciali *l.ultim.§.1. Cod.comm.de leg.* Deni-
que optio ſolemnis numeratur inter actus legiti-
mos, *l.actus 77. de reg. jur.* quo ſanè referri non
poteſt ſimplex, quæ legato generis ineſt, electio.
Planè *in d. tit. de opt. leg.* occurrunt quidem
etiam loci, in quibus tractatur, genere legato, cui
arbitrium eligendi permittendum ſit, *ut in l.2.§.1
l.ſervo 22. l.ſi Pamphil.* 10. ſed aliter fieri non po-
tuit propter affinitatem, quam alterum legatum
cum altero habet. Eſt enim in utroque electio:
& in eo quoque conveniunt, quod ſemel dumta-
xat optare aut eligere licet, *l.5. de legat.1. l. apud
Aufidium 20. de opt.leg.fac.l.hujuſmodi* 84.*§. Sti-
chum 9. de legat.1. ſtatuliberum 11. in fin. eod.2.*
Idem in his, quòd in utroque legato ſingulæ
res quodammodò ſub conditione legatæ intelli-
gantur, *l.3. qui & abs quib.man.* quod res omnes
quarum aut genus aut optio legata, exhibendæ,
l.4. de opt. l.3. §. item ſi 6. ad exhib. Quin am-
pliùs, etiamſi in legato generis aut alternativo
nominatim facultas eligendi legatario data ſit,
veluti ſi ita teſtator dixerit, *Titio ſervum, quem
volueris, do, lego, vel; Illud aut illud, utrum elege-
ris*; puto tamen, nihilò magis optionem lega-
tam; ſed pro ſimplici legato generis aut alterna-
tivo hoc etiam habendum, *arg.l.illud 19. de opt.
leg.* Propriè enim optio legata dicitur, cum ipſa
electio, τὸ αἱρεῖσθαι, legatur: veluti ſi dicat
teſtator, *Titio optionem ſervorum meorum do, lego*:
quo caſu tres ſervos eligi poſſe reſcriptum eſt,
l.1. eod. vel ſic, *Titius ex ſervis meis, quem volet,
optato*: vel, *Ex ſcyphis meis, quem velit, eligito,
ſibique habeto*. Julianus *in l. Pamphilus eod.* ver-
bum optionis in generaliore ſignificatione acce-
pit pro quavis electione.

Habebat in ſe conditionem] Σιωπηρῶς, Veteres,
ut hic commemorat Juſtinianus, credebant, lega-
tum optionis in ſe habere hanc conditionem, *Si
ipſe legatarius optaſſet.* Quæ quidem conditio etſi 3
tacitè inerat, cujus generis conditiones non ſo-
lent facere legata conditionalia, *l. conditiones
97. de cond. & dem.* tamen quia ex voluntate te-
ſtatoris videbatur proficiſci, eamdem vim atque
effectum habebat, quam habent conditiones cæ-
teræ, quæ ex teſtamento veniunt, ſcilicet ut le-
gatum efficeret conditionale. Sed & ipſa condi-
tio legati quaſi perſonæ injuncta ab alio, quàm à
legatario ipſo, impleri non poterat, ut proinde jus
eligendi in optionis legato perſonale eſſet, & vel
ideò ad hæredem mortui ante electionem lega-
tarii transferri non potuerit. Non obſtat, *l. ſi ſic
legatum 75. §. pen. de legat.* ubi ſic ſcribit Ulp. 4
*Si quis ita ſtipulatus, Stichum aut Decium, utrum
ego velim, legaverit quod ei debebatur, tenebitur
hæres ejus, ut præſtet legatario actionem, electio-
nem habituro, utrùm Decium an Stichum perſequi
malit.* Nam ut ſuperiùs diximus, legatum gene-
rale aut alternativum, licèt cum jure eligendi,
non eſt idem aut ejuſdem prorſus naturæ cum
legato, quod in ſpecie dicitur optionis. In legato
hujuſmodi, *illud aut illud*, utrùm elegerit legata-
rius, eſt quidem etiam electio perſonalis, ſed ha-
ctenus, ut ſervo aut filio cohæreat, *l. ſi ſtipulatus
76. de verb. obl.* non ut nulla electio decedente le-
gatario, poſt diem legati cedentem ad hæredem
jus electionis non tranſmittatur: tranſmitti enim
expreſsè ſcriptum eſt à Paulo *in l.illud 19. de opt.
leg.* nec illa eſt inter tale legatum & ejuſdem ge-
neris ſtipulationum differentia. Jam verò ſi ſti-
pulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero,
mortuo me ante electionem in hæredes obligatio
tranſit, ut idem Paulus reſpondet *in d.l.ſi ſtipula-
tus, 76. de verb. obl.* Nec eſt admittendum, quod
Donellus in *d.l.* exiſtimat, obligationem tranſi-
re, electionem non tranſire; quo nomine etiam
reprehenditur à Bachovio hic: nam Donelli
illam opinionem cum ipſe locus ſatis refellit,
tum perſpicuè ſpecies paulò antè propoſita ex *d.l
ſi ſic legatum, §. pen. de legat.1.* niſi enim una cum
obligatione ipſum etiam jus eligendi, quod ex
ſtipulatione teſtatori quæſitum erat, in hæredem
ejus tranſlatum fuiſſe ponamus, hæres cedendo
actionem id jus transferre in legatarium non po-
tuit: quippè quod nec ipſe habuit. Inconſidera-
tè autem Bachovius jus electionis ex contractu
quæſitum in quæſtione propoſita diſtinguit ab 5
eodem jure delato ex teſtamento, quaſi illud non
impediatur conditione, quominùs ad hæredem
tranſeat, hoc contra. Nam etſi verum & notiſſi-
mum eſt legatum conditionale, mortuo penden-
te conditione legatario, incidere: ſtipulatio-
nem autem ſub conditione contractam mortuo

ante

Digitized by Google

ſtatè conditionem ſtipulatore non extingui, ſed
ſpem obligationis tranſmitti in hæredem, §. *ſub
conditione inſ. de verb. obl. l. 4. l. 5. §. 1. quand. dies
legis l. is cui* 42. *de obl. & ad.* hæc tamen differen-
tia non pertinet ad conditiones, quæ perſonis
injunguntur; qualis ſit omninò neceſſe eſt in me-
morata ſtipulatione, ſi eam conditionalem faci-
mus, & nempe eadem, quæ in legato optionis,
ſi ipſe ſtipulator elegerit. Conditio omnis in per-
ſonam certam collata perſonam non egreditur,
deficitque, niſi in perſona ejus impleta fuerit,
l. qui hæredi 44. *l. ſi ita* 69. *de cond. & dem.* Hinc
jam opinor intelligimus, non temerè creden-
dum iis eſſe; qui pro certo tradunt, apud Paul.
in *d. l. illud* 19. *de opt. leg.* ſcriptum fuiſſe, *tranſ-
mitti non placuit*; Tribonianum autem reſpon-
ſum Pauli ad jus novum & conſtitutionem Juſti-
niani in *l. ult. comm. de leg.* accomodaſſe ſublata
negatione.

*Ex conſtitutione noſtra data eſt licentia hæredi
legatarii optare*] Ubi Juſtinianus caverit, quod hic
ſe caviſſe dicit, ut legatum optionis ad legatarii,
qui non optavit, hæredem tranſmittatur, non
invenio. Interpretes omnes intelligunt *l. ult. C.*
6 *comm. de leg.* & ſanè ea, quæ mox ſequuntur de
diſſenſione plurium hæredum circa electionem
ſorte dirimenda, arguunt, eam conſtitutionem
hic ſignificari. Etenim, quod interpretes non
animadverterunt, nihil ampliùs ea conſtitutione
ſancitur, quàm ut ſi hæredes legatarii inter ſe de
electione non conveniant, controverſia ſorte
dirimatur: de jure verò optandi ad hæredes le-
gatarii, ante electionem mortui, contra ratio-
nem juris veteris tranſmittendo, planè nihil ibi
cavetur. Imò verò conſtitutio ſic ſcripta eſt,
ut ex ea nihil aliud colligi poſſe videatur, quàm
quod etiam apud veteres jam olim ſic obtinuerit,
ut legata optione, ſi legatarius ipſe non optaſ-
ſet, ad hæredes ejus jus optandi traduceretur.
Memorat enim, inter veteres dubitatum fuiſſe,
quid ſtatuendum foret, ſi plures legatarii, qui-
bus optio legata eſſet, vel unius legatarii plures
hæredes circa electionem corporis diſſentirent.
Inepta profectò dubitatio, ſi electio in legato
optionis merè perſonalis fuit, hoc eſt, ita perſo-
næ legatarii cohæſit, ut nec ad hæredes ejus
tranſierit. Quid dicam, non habeo, niſi quod
Tribonianus diverſos caſus temerè videtur mi-
ſcuiſſe, & caſum plurium legatariorum de ele-
ctione diſputantium inconſideratè confudiſſe
cum caſu plurium hæredum unius legatarii: quod
& Bachovius exiſtimat.

Optare ſervum] Quod de ſervo his dicitur,
exempli cauſa dictum intelligimus, atque ad rem
quamlibet, cujus optio legata ſit, pertinere,
d. l. ult. C. comm. de leg. Sic paſſim videmus, in
optionis legato tantùm ſervorum mentionem
fieri; & Papinian. in *l. actus* 77. *de reg. jur.* ſervi
optionem refert inter actus legitimos, non quòd
non idem fuerit in aliarum rerum optione legata:
ſed quia plerumque ſervorum potiùs, quàm
aliarum rerum optio legari ſolita erat: unde &
Vinnius in Inſtitut.
de ea ſæpiùs Juriſconſulti & conſulebantur &
ſcribebant; id quod manifeſtè apparet ex lectio-
ne totius *tit. de opt. legat.*

Sorte hoc eſſe dirimendum] Si plures legatarii,
vel unius plures hæredes in optando diſſentiant,
unus ſorte qui obſtet, conſtitui, cujus optio-
nem cæteri ratam habeant, expreſsè cautum eſt
d. l. ult. C. comm. de leg. Frequens autem admodum
etiam apud veteres fuiſſe ſortis & fortunæ judi-
cium, ex variis Juriſconſultorum reſponſis elu-
cet, *l. ſed cum* 14. *de jud. l. generaliter* 24. §. *quid* 7
ergo 17. *de fideic. lib.* quamquam vix, ubi nego-
tium animi judicio explicari poteſt: de quo nos
lib. 1. ſelect. quæſt. c. 35 Utebantur antiqui & mi-
catione digitorum. Varro, *Micandum erit cum
Græco, utrùm ego illius numerum, an ille meum
ſequatur.* Cicer. 1. *de offic. Sed quaſi aut ſorte aut
micando victus, alteri cedat alter.* Suet. *in Auguſt.
Patrem & filium pro vita rogantes ſortiri aut mica-
re juſſit.* Quando autem & quibus caſibus res
dubia ſorti permittenda ſit, ad hoc loco alienum
eſt quærere.

TEXTUS.

Quibus legari poteſt.

24 *Legari autem illis ſolùm poteſt, cum
quibus teſtamenti factio eſt.*

NOTÆ.

24 *Cum quibus teſtamenti factio*] Quibus ver-
bis continentur etiam qui ipſi teſtamentum face-
re non poſſunt, modò jus capiendi ex alieno te-
ſtamento habeant, §. 4. *ſup. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

TRanſit hic Imperator ad partem principalem
hujus tituli ſecundam, in qua agitur de per-
ſonis, quibus legari poteſt. Sic autem initio de-
finit, legari illis ſolùm poſſe, cum quibus teſta-
menti factio eſt. Non ait, qui teſtamenti factio-
nem habent; quo ſoli propriè ſignificantur, qui
teſtamenti faciendi jus habent; ut oſtendimus
ſupra in §. *teſtes autem, de teſt. ord.* ſed cum qui-
bus teſtamenti factio eſt; quo continentur etiam
qui ipſi teſtamentum facere non poſſunt, modò
jus capiendi ex alieno teſtamento habeant. Qui-
nam autem iſti ſint, docetur §. *extraneis* 4. *præc.
tit.* De iis, qui capere non poſſunt, dictum eſt
in hæredum inſtitutione. Olim hac in parte non-
nulla inter legata & fideicommiſſa differentia
fuit, poteratque quibuſdam incapacibus fidei-
commiſſum relinqui, quibus legari non poterat,
vel propter conditionem libertinitatis, vel pro-
pter leges Voconiam, Juliam Papiam, aut ſimiles
quibus capere, aut totum capere vetabantur:
qua de re fortè uberiùs infrà *ſub tit. de fideic. hær.*
Illud nunc ſciamus, legibus iſtis & differentiis
incapacium ſublatis, nullum ampliùs hac in re
diſcrimen inter legata & fideicommiſſa ſupereſſe.

TEXTUS.

Jus antiquum de incertis perſonis.

25. *Incertis verò perſonis, neque legata neque fideicommiſſa olim relinqui conceſſum erat. Nam ne miles quidem incertæ perſonæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus reſcripſit. Incerta autem perſona videbatur, quàm incerta opinione animo ſuo teſtator ſubjiciebat, veluti ſi quis ita dicat,* Quicunque filio meo filiam ſuam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato. *Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui poſt teſtamentum ſcriptum primi conſules deſignati eſſent, æquè incertæ perſonæ legari videbatur: & denique multa alia hujuſmodi ſpecies ſunt. Libertas quoque incertæ perſonæ non videbatur poſſe dari; quia placebat nominatim, ſervos liberari. Sub certa verò demonſtratione, id eſt, ex certis perſonis incerta perſona rectè legabatur: veluti,* Ex cognatis meis, qui nunc ſunt, ſi quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illam rem dato. *Incertis autem perſonis legata, vel fideicommiſſa relicta, & per errorem ſoluta, repeti non poſſe, ſacris conſtitutionibus cautum erat.*

NOTÆ.

25. *Incertis perſonis*] Receptum tamen fuit, ut pauperibus, *l.24. C. de Epiſc. & Cler.* civitatibus, *l.26. ad S.C. Treb. l.122. de leg.1.* corporibus & collegiis licitis, *l.11. C. de hær. inſt. l.1. §.15. ad Treb.* relicta rata eſſent.

Ex cognatis meis, qui nunc ſunt] Ulp. *d. tit.* 24. §.17. Verba hæc, *qui nunc ſunt*, demonſtrationi expreſsè addita: alioqui incerta adhuc foret demonſtratio.

Per errorem ſoluta repeti non poſſe] Quia utique naturaliter debentur; cujus obligationis etjam jure civili hic effectus, ut impediat ſoluti repetitionem, *l.13. l.1. C. de cond. ind. l.10. de obl. & act.* Perperam Pac. hunc locum reſtringit ad legata in pias cauſas.

COMMENTARIUS.

1 *Exponuntur aliquot loci, ex quibus falsò quidam colligunt, etiam jam olim hæreditatem legatumve incertis perſonis relinqui potuiſſe.*

2 *De legatis relictis civitatibus, municipiis, collegiis, pauperibus.*

3 *Cur ejus, quod incertæ perſonæ relictum erat, per errorem ſoluti non eſſet repetitio.*

INcertæ perſonæ olim neque hæreditas, neque legatum, aut fideicommiſſum relinqui poterat, *Ulp. tit.22. §.3. & tit.24. §. incertæ Paul.3. ſent.6.* Ratio hæc erat, auctore Ulpiano *d. tit.* 22. §.3. quoniam certum eſſe debet teſtantis conſilium. Sic enim verba legis duodecim, *Uti quiſque legaſſit*, veteres interpretati ſunt, uti quiſque certo conſilio ac ſolido judicio ſtatuerit, &c. At hæreditatem bonave ſua, magno ſæpè labore quæſita, relinquere incertæ perſonæ, tam certi conſilii non eſt, ut potiùs ſpecies quædam dementiæ eſſe videatur. Non eſt contrarium, quod Marcianus ſcribit, tale legatum utile eſſe: 1 *Illis, qui teſtamentum meum obſignaverint, hæres meus decem dato, l. ſi quis 14. de reb. dub.* nam quod futuris ſignatoribus ſeu teſtibus legatur, id non incertis, ſed certis perſonis relinqui intelligitur. Etſi enim tunc incerti & teſtatori ignoti ſunt, cum is privatam voluntatem ſuam ſcribit; tamen non poſſunt non eſſe certi eo tempore, quo propriè teſtamentum fieri dicitur, hoc eſt, cum ſolemnia peraguntur, quibus adhiberi teſtes niſi ſciente teſtatore & rogante non poſſunt. Non obſtat quoque *l. in tempore 62. §.2. de hær. inſtit.* agitur enim ibi expreſsè de inſtitutione certæ perſonæ, quàm & teſtator proprio nomine deſignavit: ſed quia plures erant teſtatori eodem nomine amici, non apparebat, de quo ſenſiſſet: cujuſmodi in caſu audienda eſt probatio voluntatis; & qui probare poterit, de ſe ſenſiſſe defunctum, admittendus, *arg. l. falſa 33. §.1. de cond. & dem.* quamvis totam exceptionem illam, *niſi ex aliis apertiſſimis probationibus fuerit revelatum pro qua perſona teſtator ſenſerit*, reſponſo Juriſconſulti adjectam à Triboniano nullus dubitet, *add. Ant. Faber. 5. conj. 19.* Magis videtur obſtare *l.5. de reb. dub.* Reſpondet Donellus, proponi illic legatum aut fideicommiſſum relictum incertæ quidem perſonæ, ſed ex certis tamen; quod etiam olim licuit, ut ſtatim audiemus: quippè verba illa fideicommiſſi, *Sique quis alius reſtitutionem mihi impetraverit*, cum Juliano & Gajo ſic interpretanda, ſi quis alius ex amicis, quorum teſtator mentionem non fecit. Alii putant, etiamſi quis alius curaverit teſtatorem reſtitui, non minùs fideicommiſſum deberi, quaſi pro beneficio, quod ſperatur, datum. Porrò ex hoc jure manavit, quòd nec civitates, nec municipia aut collegia hæredes inſtitui aut legatum capere potuerunt, *Ulp. d. tit.22. §.4. Plin. lib.5. epiſt. ad Calviſium; Nec hæredem*, inquit, *inſtitui, nec percipere poſſe rempub. conſtat.* Cæterùm poſteà, ut hæc corpora legatum capere 2 poſſent, permiſſum fuit, etiam tempore mediæ juriſprudentiæ, *l. ſi quis 32. in fin. l. ſi hæres 73. §.1. l. ſi quid 177. l. civitatibus 122. de leg.1. l. cum ſenatus 20. de reb. dub. l. omnibus 26. ad Treb.* A Nerva hoc primum introductum; poſt deinde à ſenatu, auctore Hadriano, diligentius conſtitutum fuit, *Ulp. tit.24. §. civitatibus*, Paulus Marco id tribuit, *d. l. cum ſenatus*. In propriis nominibus facilis eſt auctorum lapſus. Tandem etiam

etiam conceſſum, ut civitates & municipes, hæredes inſtitui poſſent, *leg. hæreditatis 12. Cod. de hær. inſt.* quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut liquet ex fragmentis ejuſdem Ulpian. *tit.22. §.4. & d.l. omnibus ad Treb.* quibus locis hoc tantùm traditur, fideicommiſſam hæreditatem municipibus reſtitui ex Senatuſconſulto Aproniano. Eamdem denique rationem habuit, quod legatum pauperibus relictum non valebat: quod nunc firmum ratumque omnibus modis habetur: daturque jus & nomen hæredis Epiſcopis, œconomis, xenoni: nomen, ut ſint hæredes: jus, ut debita exigant, creditoribus hæreditariis reſpondeant, pauperibus relicta dividant, *leg. id quod 24. l. ſi quis 49. §.1. & ſeqq. Cod. de Epiſc. & Cler. Cyn. Bald. Salic. in d. l. id quod, Bart. in l.5. de reb. dub. Tuldeu. ad tit. C. de incert.*

Quam incerta opinione] Incerta perſona hic dicitur, quàm teſtator animo ſuo incerta & cæca opinione ſubjicit, id eſt, cum mens & cogitatio teſtatoris nullis certis finibus circumſcripta tanquàm in immenſo atque infinito vagatur: nam ſi mens ejus certo numero perſonarum, quas omnes novit, terminetur, incertitudo perſonæ legatarii legatum non vitiat, ut exempla ſubjecta demonſtrant.

Qui primi conſules deſignati] Puto, hoc exemplum ad eum pertinere, qui vel ante candidatorum numerum conſtitutum, vel cùm eos non noſſet, incertiſſima opinione dixit, *Qui primi conſules deſignabuntur*. Quòd ſi è conſtituto jam candidatorum numero, quos teſtator novit, ei qui primus conſul deſignatus fuerit, centum legaverit, magis eſt ut hoc legatum valeat, ut relictum uni ex certo perſonarum numero cum certa demonſtratione.

Libertas quoque incertæ perſonæ] Anteà dixit, ne militem quidem legatum aut fideicommiſſum incertæ perſonæ relinquere potuiſſe, etſi militum teſtamenta nullis adſtringebantur juris civilis ſubtilitatibus: cujus tamen generis unum hoc fuit, quod incertæ perſonæ legari non potuit. Aliam nunc ſubjicit ejuſdem juris ampliationem quod nec libertas, cujus ſummus alioqui favor ſemper fuit, incertæ perſonæ dari potuerit, addita ratione, *quia placebat nominatim ſervos liberari*, quod videtur cautum fuiſſe lege Fuſia Caninia, *Ulp. tit.1. §. ult.*

Sub certa verò demonſtratione] Ex certo perſonarum ordine aut numero cum certa demonſtratione legari incertæ perſonæ etiam olim jus fuit veluti; *Ex collegis meis, qui nunc ſunt*; aut, *Ex cognatis meis, qui primus ad funus meum venerit*; aut *qui filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illud dato*, *Ulp. tit.24. §. incertæ*: & notandum,
3 in exemplo propoſito demonſtrationi expreſsè addi hæc verba, *qui nunc ſunt*: alioqui incerta adhuc foret demonſtratio.

Per errorem ſoluta repeti non poſſe] Hic locus confirmat id, quod ante diximus, ex ſubtilitate quadam juris civilis hoc eſſe, quod incertæ perſonæ legari non poteſt: neque enim ratio naturalis impedit, quominùs, verbi cauſa, ei qui filiam meam aliquando uxorem ducturus eſt, hæredem meum aliquid dare jubeam. Proinde ex hujuſmodi relicto etiam olim naſcebatur debitum naturale, id eſt, hæres ex tali voluntate naturaliter obſtringebatur: quæ cauſa eſt, quòd Imperatorum conſtitutionibus cautum fuerit, ne ejus, quod incertæ perſonæ legatum erat, ſoluti per errorem repetitio eſſet: quippè naturalis obligationis hic certiſſimus jure quoque civili effectus eſt, ut impediat ejus, quod ex ea cauſa ſolutum eſt, repetitionem, *l.13. leg. ſi pœnæ 19. de cond. ind. l.10. de obl. & act. Chriſtin. volum.4. dec. 50. num.4.* erratque adeò manifeſtè Pacius, hunc locum reſtringens ad legata quæ pietatis aut religionis intuitu relinquuntur: quo in errore Mynſing. non fuit, ut falsò exiſtimat Bachovius.

TEXTUS.

Jus antiquum de poſthumo alieno.

26 *Poſthumo quoque alieno inutiliter anteà legabatur. Eſt autem alienus poſthumus, qui natus inter ſuos, hæres teſtatoris futurus non eſt: ideòque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat poſthumus avo.*

NOTÆ.

26 *Poſthumo quoque alieno*] Poſthumi quoque ſimiles ſunt incertis perſonis: quoniam neſcitur, an naſcituri, & quales naſcituri, aut quot naſcituri. Receptum tamen jam olim fuit, ut poſthumi ſui ex teſtamento caperent.

Ex emancipato filio conceptus] Alienorum poſthumorum diverſa ſunt genera, & varii gradus, v. Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Poſthumos eſſe ſimiles incertis perſonis: cæterum non per omnia eodem jure cum his cenſeri.*

2 *Poſthumi alieni qui, & eorum diverſa genera.*

QUi in utero ſunt, ſive poſthumi, & ram alieni quàm ſui, in hæreditate legitima ſemper pro jam natis habiti ſunt, & capaces hæreditatis ſibi ab inteſtato delatæ, *l. pen. de ſtat. hom. l. pen. de leg.1.* verùm in hæreditatibus teſtamentariis & legatis nemo poſthumus pro nato initio habitus fuit, propter verba legis duodecim tabularum, *Uti quiſque legaſſit*, &c. quæ ſic à prudentibus, ut etiam antea diximus, accepta ſunt, uti quiſque certo conſilio ac judicio decreverit, &c.
Cùm enim poſthumi omnes incertæ ſint perſo- 1
næ, aut incertis perſonis ſimiles, contra legem fieri visum eſt, ſi aut hæredes inſtituerentur, aut

Google

legatum iis daretur, quaſi non ſolido conſilio id à teſtatore factum eſſet, ignorante & an naſcituri ſint, & quales naſcituri, & quot naſcituri. Paulatim tamen diſputatione fori propter utilitatem & non ſine magna ratione receptum, ut poſthumi ſui rectè hæredes inſtituerentur, & legatum ex teſtamento caperent. In poſthumis alienis interpretatione prudentum nihil mutatum: qua de re fuſiùs diſputavimus ſub §.2. *ſup. de exhær. lib.* Non in omnibus tamen eamdem rationem poſthumi alieni & cujuſvis alius incertæ perſonę fuiſſe, ex eo apparet, quòd fideicommiſſum poſthumo alieno utiliter relinquebatur, *l.5. in fin. de reb. dub. l.2. de jur. codic.* cæteris incertis perſonis inutiliter. Et verò non poſthumus planè ſimilis tali perſonæ, quam teſtator omninò incerta & cæca cogitatione animo ſuo ſubjicit: ſed magis & quodammodò ſimilis iis, quos nunquam vidimus qui etiam hæredes inſtitui poſſunt, *§. ult. ſup. de hær. inſt.* Cæterùm quod hic Juſtinianus ait, poſthumo alieno jure antiquo inutiliter legari, ei obſtat *l.6. de reb. dub.* nam in calce præcedentis *l.5.* proponitur qui rogatus hæreditatem reſtituere poſthumo ſuo vel alieno: & mox continenter in *l.6. ſeq.* poſthumus hæres inſtitutus, vel cui legatum relictum eſt. Reſpondeo, ſunt loci iſti diverſorum auctorum: ac proindè neceſſe non eſt, ut quod in uno dicitur de poſthumo vel ſuo vel alieno, cui hæreditas reſtitui juſſa eſt, repetatur in altero, in quo ſimpliciter proponitur poſthumus hæres inſtitutus, aut legatum poſthumo datum: nec illud etiam eo loco quæritur, an cum poſthumo, & cum quo teſtamenti factio ſit, ſed an & quando poſthumus partem faciat.

Inter ſuos hæredes teſtatori futurus non eſt] Poſthumus ſuus & alienus ſic inter ſe opponuntur, ut ſuus poſthumus dicatur, qui ſi vivo teſtatore naſceretur, in poteſtate ejus eſſet, primumque ab eo gradum in familia obtineret, uno verbo, qui naſceretur teſtatori ſuus hæres; qualis eſt is, qui in utero uxoris teſtatoris eſt, aut uxoris filii ejus præmortui, aut emancipati poſtquàm uxor jam conceperat, *§. pen. ſup. de tut. § 2. tit. præc.* Poſthumi alieni omnes, qui ſi vivo teſtatore naſcantur, aut in ejus poteſtate familiave non naſcuntur, aut non naſcuntur proximo ab eo gradu, uno verbo qui ſui aut inter ſuos non naſcuntur. Horum autem diverſa ſunt genera & varii gradus. Primùm poſthumus alienus avo eſt nepos natus ex filio, etiam quem ſuperſtitem in poteſtate habebat; quamdiu enim filius in familia manet, nepos ex eo ſuus hæres avo non agnaſcitur, §.2. *ſup. de exhær. lib. d. §.2. præc. tit. §.2. de hær. ab inteſt.* At enim quia aliquando fieri poteſt, ut hic nepos poſthumus ſuus hæres teſtatori agnaſcatur, puta ſi filius vivo teſtatore deceſſerit, pro ſuo hactenus habitus, atque ex formula Galli hæres inſtitui potuit, *l. Gallus 29. de lib. & poſt.* Magis alienus poſthumus eſt nepos conceptus ex filio emancipato, *hoc text.* in quo etiam ob cauſam jam dictam hujus tantùm nepotis poſthumi fit mentio: item qui in utero eſt uxoris filii, qui in adoptiva familia eſt, *l.1. §. ſi filius de vent. in poſſ. miss.* & qui naſci ſperatur ex teſtatoris filia, *§. ult. ſup. de pa. pot.* Eadem porrò ratione poſthumus matri alienus eſt poſthumus, puta ſi cæſo utero extractus fuerit, *l.6. de inoff. teſtam.* & aviæ, qui in ventre eſt filiæ, aut uxoris filii; & adhuc magis alieni, qui naſcituri ſunt ex agnatis aut cognatis, *l. pen. de leg. 1. dict. l.6. de inoff.* Poſtremò alieniſſimi & maximè extranei, qui neque legitimi futuri ſunt neque cognati, *l.6. de vent. in poſſ. miss.* Hos autem omnes Juſtiniani definitio complexa eſt.

TEXTUS.

Jus novum de perſonis incertis & poſthumo alieno.

27 *Sed nec hujuſmodi ſpecies penitus eſt ſine juſta emendatione relicta, quum in noſtro Codice conſtitutio poſita ſit, per quam & huic parti medemur, non ſolùm in hæreditatibus, ſed etiam in legatis & fideicommiſſis: quod evidenter ex ipſius conſtitutionis lectione clareſcit. Tutor autem nec per noſtram conſtitutionem incertus dari debet; quia certo judicio debet quis pro tutela ſuæ poſteritati cavere.*

NOTÆ.

27. *In noſtro Codice conſtitutio*] Deſideratur hæc Juſtiniani conſtitutio. Ex verbis autem hujus textus hoc conſtat, Juſtinianum caviſſe, ut incertitudo perſonæ, cui aliqui legatum eſt, non vitiet legatum, ſi vel in præſens, vel ex futuro evento certitudo aliqua apparere poſſit.

COMMENTARIUS.

HUjuſmodi *ſpecies ſine juſta emendatione*] Dubium eſt, utrùm indiſtinctè hoc referendum ſit ad ſpeciem de incertis perſonis, de quibus ſuperiùs egit, an verò tantùm ad ſpeciem de alieno poſthumo, cujus proximè meminit in §. *præc.* Sed rectè plerique interpp. ſentiunt, Juſtinianum loqui in univerſum de ſpecie incertarum perſonarum, quas hactenus commemoravit, atque hoc dicere, conſtituiſſe ſe, ut, & poſthumo alieno & cæteris perſonis incertis, quas modò eventus poſteà demonſtrarit, legatum relictum valeat. Atque hoc ex eo ſatis intelligitur, quod ſcriptum eſt in §. *incertis* 25. incertis perſonis legati olim conceſſum non fuiſſe: quod ſtultò diceretur ſine, nunc quidem id conceſſum eſſe conſtitutione Juſtiniani. Habemus etiam certiſſima hujus rei argumenta in hoc ipſo §. quæ in progreſſu indicabimus. Hoc tamen dubii adhuc relinquitur quatenus ſcilicet jus illud, quod de incertis perſonis recenſuit, emendarit. Non enim dicit, ſe id jus penitus ſuſtuliſſe, ſed non penitus reliquiſſe inemendatum. Ex verbis quidem Juſtiniani nihi

hic

Digitized by Google

hic colligere poſſumus, quàm, hoc cum conſtitutione ſua caviſſe, ut incertitudo perſonæ, cui quid legatum eſt, non ampliùs vitiet legatum, ſi ulla ratione vel nunc, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere poſſit. Sed tamen non ſemper id admittendum videtur. Quid enim ſi eventus inciderit in eas perſonas mortuo aut ignorante teſtatore, quibus veriſimile non eſt ſpecialiter eum legaturum fuiſſe? Finge, ſic eſſe legatum, *Qui filiam ſuam filio meo collocaverit, ei hæres meus centum dato*; eamque collocaſſe ignorante teſtatore, qui inimicus teſtatori fuerit, qui peſſimè de eo meritus, qui ſit infamis aut vitæ flagitioſæ, non putarem, huic quicquam ex hujuſmodi legato deberi, ne nunc quidem poſt conſtitutionem Juſtiniani. Certiùs verò de re tota conſtitui poſſet, ſi conſtitutio, ad quam hic relegamur, extaret: ſed in Codice, quo nunc utimur, deſideratur. Græcam fuiſſe veriſimile eſt, omiſſamque à Latinis deſcriptoribus intercidiſſe.

Non ſolùm in hæreditatibus] Ergo olim nec hæres inſtitui incerta perſona potuit: quod etjam diſertè ſcriptum eſt ab *Ulp. tit.22. §.3.* De poſthumo tamen alieno teſtatur ipſe Juſtinianus *§.ſeq.* potuiſſe eum & antea hæredem inſtitui. Cæterùm hoc quomodò accipiendum ſit, ibi declarabimus.

Et fideicommiſſis] De fideicommiſſis cautum propter perſonas incertas *§.in certis ſup.eod.* nam poſthumo alieno etiam antea fideicommiſſum relinqui potuiſſe evincitur ex *l.2.de jur.cod.l.5 §.ultim. de reb. dub.* Et hoc certum argumentum eſt, Juſtinianum non ſolùm de poſthumo alieno caviſſe, ſed de cæteris quoque perſonis incertis.

Tutor autem nec per noſtram conſt. incertus dari] Hic iterum locus oſtendit, verum eſſe, quod diximus, Juſtinianum in conſtitutione, cujus hic meminit, emendaſſe jus de perſonis incertis, non ſolùm poſthumis: malè enim alioqui in tutorem incertum exciperet. Quòd autem excepit tutorem incertum, atque in eo jus vetus conſervari voluerit, *l. tutor. 20. de teſt. tut.* ad cautionem pupilli pertinet; quippè cujus intereſt, ne incerti aut ignoti, de quorum fide, diligentia ac moribus teſtatori conſtare non potuit, ad tutelam admittantur; maximè ſine ſatiſdatione, à qua tutores teſtamentarii immunes ſunt: cui adde, quòd in delatione tutelæ nullum lucrum vertitur, quod ea ſuſcepta tutor conſequatur:

TEXTUS.

De poſthumo alieno hærede Inſtituto.

28 *Poſthumus autem alienus hæres inſtitui & antè poterat, & nunc poteſt; niſi in utero ejus ſit, quæ jure noſtro uxor eſſe non poteſt.*

NOTÆ.

28. *Et ante poterat, & nunc*] Hoc utrumque cùm de eadem juris ſpecie intelligi non poſſit, ad eumdem juris effectum referendum eſt. Ante poterat jure prætorio, quia prætor ei ſecundùm tabulas dabat bonorum poſſeſſionem, *inf. de bon. poſſ. in pr.* Nunc poteſt etiam jure civili, ut prætorio remedio non indigeat.

Quæ uxor eſſe non poteſt] Id eſt, cum qua nemo connubium habet: quales ſunt ſanctimoniales & aſcetriæ: aut quicum patri teſtatori connubium non eſt propter cognationem aut affinitatem, aut quia alii nupta, fac. *l.9. §.1. de lib. & poſth.*

COMMENTARIUS.

1 *Quomodò accipiendum, quod hic ait Iuſtinianus, poſthumum alienum etiam antea hæredem inſtitui potuiſſe.*

2 *Confutantur Alciatus & Bachovius, qui putant, huic loco deeſſe negationem.*

ETſi, ut ſuperiùs dixit, antea ita jus fuit, ut poſthumo alieno inutiliter legaretur: nihilominùs tamen, ut nunc hic ait, hæres inſtitui is poſthumus etiam ante potuit. Hoc autem non videtur convenire cum iis, quæ ſupra relata ſunt de inutili inſtitutione poſthumi alieni, & de emendatione juris veteris, etiam hac in parte à Juſtiniano facta. Nam ſi antea poſthumus alienus hæres inſtitui potuit, quid opus fuit addere, etiam nunc eum inſtitui poſſe? An quia conſtitutione ſua jus vetus in eo confirmavit? nullo modo: profitetur enim expreſsè, ſe antiqui juris obſervationem circa incertas perſonas & poſthumos alienos emendaſſe etiam in hæreditatibus, ſignificans, ſua demum illa conſtitutione effectum, ut etiam poſthumus alienus rectè hæres inſtituatur. Sciendum eſt, neutrum jure civili in perſona poſthumi alieni valuiſſe, ſive hæres inſtitutus eſſet, ſive legatum ei datum: cæterùm 1
legatum etiam jure prætorio inſuper habitum cum eo jure inſtitutio poſthumi alieni, ut favorabilior, ſuſtineretur, inſtitutumque prætor adjuvaret dando ei bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, *infr. de bonor. poſſeſſ. in pr. l. poſthumus 6. de inoff. teſtam. l.1. §. ſi filius 12. de vent. in poſſ. mitt. l.3. de bonor. poſſ. ſec. tab.* Quamobrem interpp. ferè omnes hæc verba Juſtiniani, *& ante poterat, & nunc poteſt*, ſic acceperunt, ante poterat jure prætorio, nunc poteſt etiam jure civili ex conſtitutione ſcilicet Juſtiniani, ut cùm utrumque intelligi non poſſit de eadem juris ſpecie, accipiatur de eodem juris effectu; cùm parum referat ad vim tabularum, utrùm hæreditas ex iis adiri, an bonorum poſſeſſio peti poſſit: quod ego veriſſimum eſſe arbitror. Neque obſtat, quòd Juſtinianus loquitur de hærede inſtituto, quod verbum eſt juris civilis: ſic enim loqui eum neceſſe fuit, ut oſtenderet differentiam inſtitutionis & legatorum, de quibus

anteà egerat. Et quid prohibet, quominùs dicatur jure facta inſtitutio, quæ jure prætorio ſuſtinetur? Sanè Ulp. *in d.l.6. de inoſ.teſt. l.1. §. ſi filius 12. de vent. in poſ. mitt.* eum de poſthumo alieno loquens eum hæredem ſcriptum aut hæredem inſtitutum, natumque ſecundùm tabulas habere ſcribit, nihil aliud ſignificat, quàm poſthumum alienum jure prætorio rectè hæredem inſtitui. Quin etiam Paulus ſimpliciter reſpondet, hujuſmodi inſtitutionem jure fieri, *l.Titius 25. §.1. de lib. & poſthum.* cujus ſpecies huc quoque pertinet, ut benè contra Cujacium obſervavit *Ant. Fab.9. conj.2.* D. Bachovius tamen contra omnium exemplarium & Græcarum Inſtitutionum fidem exiſtimat, huic loco deeſſe negationem, & legendum, *Poſthumus autem non alienus* id eſt, *ſuus*: quod jam olim etiam tentavit Alciatus 9. *parerg.1.* ſed errare eos apertè oſtendit ſubjecta exceptio, *niſi in utero ejus ſit, quæ jure noſtro uxor eſſe non poteſt*; quæ exceptio neceſſariò intelligenda eſt de poſthumo alieno, ſive eam accipias de poſthumo, qui in utero ſit ejus mulieris, quacum omninò nullum connubium eſt, ut ſunt Veſtales, Sanctimoniales ſeu Aſcetriæ, quæ perpetuam voverunt caſtitatem; ſive etiam de eo poſthumo, qui ex ea muliere & teſtatore naſciturus eſt, quæ illius uxor eſſe prohibetur, propter cognationem puta, aut affinitatem, aut quia alii nupta: quippè quod ex his naſcitur vivo teſtatore, in poteſtate ejus naſci non poteſt:
2 eſtque turpis hujuſmodi inſtitutio, ipſoque jure non valet, *leg.9. §.1. de lib. & poſth.* Jam verò ſtultiſſimè exciperetur poſthumus alienus, ſi id quod præcedit, ad poſthumum alienum non pertinet, ſed ad non alienum ſive ſuum dumtaxat. Mirorque adeò judicium Bachovii, qui hac exceptione etiam confirmari putat ſuam illam & Alciati emendationem. Cæteris Bachovii argumentis quivis facilè occurret, qui modò hæc noſtra attentè legerit.

Textus.

De errore in nomine legatarii.

29 *Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legataris teſtator erraverit, cum de perſonu conſtat: nihilominus valet legatum. Idemque in hæredibus ſervatur, & rectè. Nomina enim ſignificandorum hominum gratia reperta ſunt: qui ſi alio quolibet modo intelligantur, nihil intereſt.*

Notæ.

29 *Cum de perſona conſtat*] Id eſt, dummodò certum ſit demonſtratione teſtatoris, de quo ille ſenſerit. Et pari ratione quamvis teſtator erraverit in nomine proprio rei legatæ, veluti ſi fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile eſt legatum, & debebitur Sempronianus *l.4. de leg.1.* Secus eſt ſi erraverit in nomine rei appellativo, puta ſi eum veſtem legare vellet, ſupellectilem ſcripſerit: quia rerum vocabula naturæ conſona, publica & immutabilia ſunt, *d.l.4.l.7. §.2. de ſupel. leg.*

Commentarius.

1 *Subtiliùs ac diligentiùs, quàm paſſim, explicatur differentia nominum propriorum.*

2 *Cur error in nomine legatarii non vitiet legatum, cum de perſona conſtat, & n.5.*

3 *Nec errorem in nomine proprio rei legatæ vitiare legatum: & cur vitiet error in nomine appellativo.*

4 *Quid ſi teſtator rem oculis ſubjectam alieno nomine appellaverit.*

Tractationi de incertis perſonis ea de errore nominis; item de falſa demonſtratione & falſa cauſa ideò ſubjungi videtur, quia hæ quoque quodammodò perſonam legatarii incertam reddunt. Pertinet huc titulus *C.de cond. & demonſtr.* item *tit. Cod. de falſ. ca.adi. leg. cum 2. ſeqq.* ad quos vid. *D. Tuld. & Perezadd. Chriſtin. volum.4. deciſ.49.* Nos etiam quædam ſubtiliùs atque accuratiùs, quàm illi fecerunt, explicabimus.

In nomine, cognomine, prænomine, agnomine]
Hæc quatuor nomina etiam Imp. Gordianus di-
ſtinctè expreſſit *l.4. C. de teſt.* & Chariſius Gram-
maticus ſic ſcribit: *Propria nomina in quatuor ſpe-
cies dividuntur, prænomen, nomen, cognomen, agno-
men, ut Publius, Cornelius, Scipio, Africanus.
Prænomen eſt, quod nomini præponitur, ut Publius
Nomen, quod familiæ originem declarat, ut Corne-
lius. Cognomen, quod nomini ſuo jungitur, ut Sci-
pio. Agnomen, quod extrinſecus adjici ſolet, ut
Africanus.* Hæc ille. Plura etiam ejuſmodi
apud Romanos videmus, ut *Marcus Licinius Craſ-
ſus Dives, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus
Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornelius Scipio* 1
Aſiaticus. Chariſius autem ſatis diſtinctè videtur
rem ipſa explicaſſe. Prænomen erat nomen cu-
juſque proprium; ut *Marcus, Lucius, Paulus, Pu-
blius.* Nomen totius gentis commune erat, hoc
eſt, omnes, qui ex eadem gente erant, eodem no-
mine appellabantur; verbi cauſa, qui ex gente
Cornelia, omnes Cornelii, qui ex gente Valeria
omnes Valerii nominabantur. Cognomine ſin-
gulæ familiæ in quaque gente diſtinguebantur,
idemque omnium, qui ejuſdem familiæ erant, co-
gnomen erat; ut in gente Cornelia, qui ex fami-
lia Scipionum, Scipiones, qui ex familia Lentu-
lorum, omnes Lentuli, &c. Agnomen dicebant,
quod ab eventu alio ducebatur, ut Publ. Scipio
ex Africa, Lucius ex Aſia oppreſſa agnomen ac-
ceperunt, quanquam ejuſdem eſſent familiæ, te-
ſte Cicerone *pro Muran.* quo tamen loco non
agnomen illud, ſed cognomen vocat. Idem *lib.2.
de offic. Divitem Craſſi*, & libro de ſenect. *Sapien-
tem M. Catonis cognomen* fuiſſe ſcribit. Apud no-
ſtros quoque tantùm nominis, prænominis & co-
gno-

gnominis mentionem fieri reperio, *l.1. de lib. & poſt. l. hæredes 21. §.1. qui teſt. fac. l.8. §.2. ſec.* Unde
apparet, veteres appellatione cognominis etiam
agnomen complecti, etſi hæc interdum diſtin-
guant. Cicero *lib.1. de invent. Nomen cum dici-
mus*, inquit, *cognomen quoque & agnomen intelli-
gatur oportet*. Non fuere autem apud Romanos
agnomina aut frequentia aut neceſſaria, quip-
pè quibus pleroſque caruiſſe conſtat. At his
tribus, prænomine, nomine, cognomine per-
petuò uti conſueverant: ut *L. Cornelius Sylla*,
C. Iulius Cæſar, *M. Tullius Cicero*. Theophilus
hanc rem Græcis parum cognitam, ut poteſt,
declarat, ſcribens, nomen eſſe τὸ κύριον ὄνομα.
prænomen, quod nomini præponitur, à majo-
ribus vel benefactoribus aſſumptum. Hodie in
toto orbe Chriſtiano præter nomen familiæ
ſive cognomen hæreditarium à parentibus aut
amicis proprium nomen mutuamur, quod no-
bis imponitur, cum Sacramento Baptiſmi initia-
mur, & in Eccleſiam accipimur.

Cum de perſona conſtat] Sive quis hæredem in-
ſtituit, ſive alicui quid legat, perſonam hære-
dis & legatarii demonſtrare oportet. Demon-
ſtrantur perſonæ citra controverſiam ſuo nomi-
ne, cæterùm & aliis rebus demonſtrari poſſunt,
& ſi aliis demonſtrentur, valet inſtitutio & lega-
tum; perinde ac ſi proprio nomine demonſtratæ
eſſent, *l. quoties 9. §. ſi quis 8. de hær. inſt. l.8. §.2.
de bon. poſſ. ſec. tab. l.4. C. de teſtam.* & generaliter
in omnibus partibus juris demonſtratio vice no-
minis fungitur, *l.6. de reb. cred. l. nominatim 34.
de cond. & dem. l.2. de lib. & poſth.* Cui jam & il-
lud conſequens eſt, ut ſi falſum nomen adjectum
ſit, errante in nomine teſtatore, nihilominùs &
inſtitutio, & legatum valeat, perindeque ha-
bendum ſit, quaſi nomen omninò adjectum
non eſſet; dummodò certum ſit demonſtratio-
2 ne teſtatoris, de quo ille ſenſerit. Ut enim cæte-
ra omittantur, perſonam tamen neceſſe eſt ita de-
monſtrari à teſtatore, ut certò appareat, quem
ille intellexerit, *dict. l. quoties, §. ſi quis*. Pro
non dicto enim eſt, aut pro non ſcripto, quod
ita dictum ſcriptumve eſt, ut non intelligatur;
l.2. de his quæ pro non ſcript. hab. Finge ergo, hoc
modo vel inſtituiſſe, *Corneliæ ſororis meæ filius
hæres eſto*: vel legaſſe, *Corneliæ ſororis meæ filio
fundum illum do, lego*: ſi ſoror unum tantùm fi-
lium habeat, hic quia ſatis apparet, quem te-
ſtator deſignavit, valet inſtitutio & legatum.
Idemque eſt, ſi ſic dixerit; *Cornelius ſororis meæ
Corneliæ filius hæres eſto*: aut, *Cornelio ſororis
meæ Corneliæ filio centum lego*: etiamſi ei non Cor-
nelio, ſed Sempronio nomen ſit. Porrò dum cer-
ta ſit demonſtratio, unde ea ducatur, nihil in-
tereſt. Nam & ſic rectè hæres nuncupatur indi-
tio digiti, *Hic mihi hæres eſto*, cum præſens eſt,
3 qui oſtenditur, *l. nemo 38. de hær. inſt.* Denique
& ſic quoque rectè demonſtratur, *Cujus nomen
in codicillis ſcripſero, ille mihi hæres eſto*, *l.10.
de cond. inſt.* cujuſmodi demonſtrationes in lega-
tis vel magis valere debent. Pari ratione etſi te-
ſtator erraverit in nomine rei legatæ, veluti ſi
fundum Cornelianum pro Semproniano nomi-
naverit, utile eſt legatum, & debebitur Sempro-
nianus, ſi conſtet hunc legatum eſſe, *l.4. de leg. 1.*
Et convenienter, ſi quis cùm unum tantùm ſer-
vum haberet, dixerit, *Servum meum Stichum do,
lego*, valebit legatum, licèt ſervo *Davus*, non
Stichus, nomen ſit, *arg. §. ſeq.* Planè, ſi quis cùm
veſtem legare vellet, ſupellectilem ſcripſerit,
putans veſtem appellatione ſupellectilis conti-
neri, placet, nec ſupellectilem nec veſtem de-
beri, quaſi neutrum legatum ſit, *d. l.4. de leg. 1.*
ubi Juriſconſultus differentiæ hanc rationem red-
dit, quòd *rerum vocabula immutabilia* ſint, *homi-
num mutabilia*. Rerum vocabula vocat, quæ
Gramatici appellativa; hominum, quæ illis pro-
pria, eò quòd rei ſive perſonæ tantùm ſingularis
deſignandæ cauſa reperta ſont. Hæc mutabilia eſ-
ſe ait, quia ſcilicet privata ſunt, & pro arbitrio
ſingulorum & imponuntur, & mutantur: illa im-
mutabilia, quia publica & communia, *l. Labeo 7.
§.2. de ſupell. leg.* ut proinde error intolerabilis ſit
in illis ſtultus & intolerabilis. Et eſt ſanè ingens
inter hæc diſcrimē. Propria nomina omnia θέσει
conſtant, ita ut pro arbitrio cujuſque privati,
& citra conſiderationem naturæ rei imponan-
tur: unde nec rei ἴδιον, ſed tantùm differentiam
ἐπινοίᾳ indicant. Appellativa autem ferè φύσει
conſtant, id eſt, à natura vim ſuam habere viden-
tur, ſaltem prima, quæ ſunt ἀρχικὰ καὶ στοιχεῖα,
ideſt principia & elementa reliquorum. Sanè
Cratylus apud Platonem exiſtimat, majorem
quamdam vim, quàm humanam, prima rebus no-
mina impoſuiſſe. Sed & flexa, etſi impoſititia ſunt,
publica tamen & ipſa ſunt ac communia, & ſive
prudenter, ſive temerè & ὑπὸ τοῦ αὐτομάτου impo-
ſita ſunt, non ſunt tamen arbitraria, ut ex ſingulo-
rum opinione exaudiri debeant, ſed ex communi
uſu. In ſumma eorum impoſitio naturæ conſona
habetur, nec minùs hæc, quàm prima, ipſam rei
ſubſtantiam indicant. De illo quæſitum eſt, an 4
non ſaltem valeat legatum, ſi res, cùm oculis ſub-
jecta eſſet, à teſtatore demonſtrata ſit, ut alieno
nomine eam appellaverit; veluti ſi, cùm equus
præſens eſſet, ita legavit, *Hunc bovem Titio do, le-
go*. DD. comm. probant ſententiam Accurſii in
l. quæ extrinſecus 65. de verb. obl. exiſtimantis, va-
lere, atque equum deberi: quod tamen mihi mi-
nimè conſentaneum videtur ei, quod ſcribit Pau-
lus *l.3. de reb. dub.* eum, *qui aliud dicit, quàm vult
neque id dicere, quod vox ſignificat, quia non vult,
neque id, quod vult, quia id non loquitur*: conve-
nienter planè ſententiæ ſive Servii ſive Celſi, *non
videri quemquam id dixiſſe, cujus non ſuo nomine
uſus ſit*, aut, quod idem valet, neminem videri
ſenſiſſe, quod non dixit: quamquam Tubero plus
hic tribuat voluntati, *l.7. §.2. ſup. de leg.* Quamo-
brem magis eſt, ut tale quoque legatum inutile
haberi debeat, atque æquè ſtultum ac deriſorium
ut illa de quibus *in l.4. de leg. 1.* quod etiam Myn-
ſingero verius videtur. Sanè ſi quis chartas libro-
rum appellatione, aut contra, complexus eſſe di-
catur,

Digitized by Google

catur, locus eſſe poteſt quæſtioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l. librorum* 52. §. *quod tamen* 4. *de legat.*3. Quin etiam generaliter id admittendum putem, ſi aliquo colore uſuve loquendi vocabulum, quo teſtator uſus eſt, ad id, quod voluiſſe dicitur, extendi poteſt, *arg. l.*9. *de trit.vin.ol.leg.*

Significandorum hominum gratia] Ratio elegans. Si enim nomina in hoc inventa ſunt, ut per ea commodiùs perſonæ deſignentur, profectò nec omiſſio nominis, nec error in nomine legatarii, ſi aliunde de perſona ejus certò conſtat legatum vitiare debet: & rectè Pedius nihil referre dicebat, proprio nomine res appelletur, an digito oſtendatur, an vocabulis quibuſdam demonſtretur, quoniam vice mutua funguntur, quæ tantumdem præſtant, *l.*6. *de reb. cred.*

Textus.

De falſa demonſtratione.

30 *Huic proxima eſt illa juris regula, falſa demonſtratione legatum non perimi. Veluti ſi quis ita legaverit.* Stichum ſervum meum vernam do, lego. *Licèt enim non verna, ſed emptus ſit: ſi tamen de ſervo conſtat, utile eſt legatum, Et convenienter, ſi ita demonſtraverit*, Stichum ſervum, quem à Sejo emi; *ſitque ab alio emptus, utile eſt legatum, ſi de ſervo conſtat.*

Notæ.

30. *Falſa demonſtratione non perimi*] Ratio eſt, quia nomen & demonſtratio vice mutua funguntur, aut demonſtratio vice nominis, *l.*7. *de reb. cred. l.*34. *de cond. & dem.*

Commentarius.

1 *Regulam hoc loco traditam ſic eſſe temperandam, niſi quid aliud legato obſtet præter falſitatem demonſtrationis; quod variis exemplis declaratur.*

Quod in errore nominis perſonæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ cuſtoditur, ut etſi falſo hujuſmodi nomine teſtator uſus ſit, legatum tamen ob id non vitietur, modò de perſona aut re aliunde conſtet, id etiam obtinet in demonſtratione, hoc eſt, adjectione omni, quæ extra nomen perſonæ aut rei deſignandæ gratia adhibetur, ut etſi vel in perſona legatarii, vel in re legata demonſtranda aliquid erratum ſit, tamen perinde legatum valeat, ac ſi nullus error intervenisset, dummodò conſtet, cui legare, aut quam rem legare teſtator voluerit, *l. demonſtratio* 17. *in pr.* & §.1. *l. falſa* 33. *cum l. ſeq. de cond. & dem.* Ratio eſt, quia nomen & demonſtratio mutua vice funguntur, aut demonſtratio vice nominis, *l.*6 *de reb. cred. l. nominatim* 34. *de cond. & dem.* Eoque reſpicit Juſtin. *in p. hujus* §. cum ait, proximam eſſe ſuperiori hanc juris regulam, *falſa demonſtratione legatum non perimi*. Habet autem hæc regula ſuas nonnullas exceptiones, & in univerſum ſic temperanda eſt, niſi quid aliud legato obſtet præter falſitatem demonſtrationis. Etenim ſi demonſtratio certam rem aut ſummam indicet ſed circumſcriptam certo loco, eaque res illo lo- 1
co non reperiatur, inutile hoc eſſe legatum traditum eſt. Ut ecce, teſtator ita legavit, *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego*. Si hæc in arca nulla ſint, placet nihil deberi, quaſi certum corpus, quod in rerum natura non eſt, legatum ſit, *l. ſi ſervus* 108. §. *qui quinque* 10. *de leg.*1. *l.*1. §. *ſed & ſi* 7. *de dot. præl. juncta l. planè* 34. §.4. *de legat.*1. priùs enim eſſe debet, quod legatur, quàm legatum valeat, aut dici poſſit falſa demonſtratione non perimi, *l. quibus* 40. §. *pen. de cond. & dem.* Item ſi quis legaverit, *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego*, ſine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum legatum eſſe, non propter vitium demonſtrationis, ſed alia evidenti ratione, quia non apparet, quid quantumve legatum ſit, *l. ſi ſic legatum* 75. §.1. *de leg.*1. Et eadem igitur ratione inutile erit & hoc legatum, *Quod Titio debeo, ei lego*, ſi teſtator neque debeat, neque quantitas adjecta ſit; quamvis ſi ita dixerit, *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, nec quicquam Titio debeatur, legatum ſit inutile: quia ſola falſa demonſtratio legatum non vitiat, *d. l. ſi ſic legatum* §.1. *l. legavi* 25. *ſub fin. de lib. leg.* Sed & ampliùs licèt quantitas adjecta ſit, tamen ne ſic quidem ſemper utile legatum in ſuperioribus ſpeciebus. Finge, teſtatorem ita legaſſe, *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*, conſtat, hoc legatum inutile eſſe, etiamſi verum ſit centum Titio deberi: quoniam debitor id quod ipſe debet, alii quàm creditori legare non poteſt. Quam ob cauſam nec ſi falſum erit, legatum valebit: nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonſtrationis; id adjecta vitioſa demonſtratio utile efficere non poteſt. Finge iterum legaſſe hoc modo, *Titio centum, quæ mihi debes, lego*, cùm Titius nihil deberet, reſponſum eſt, nihil hic item eſſe in legato, multumque intereſſe inter falſam demonſtrationem & falſam conditionem ſive cauſam, *d.l. ſi ſic legatum*, §.2. *d.l. legavi verſ. quod ſi ſic*. Nimirùm etſi hic centum verbo legata ſunt, revera tamen nihil aliud legatum, quàm liberatio: quo legato hoc continetur, ut ſi hæres petat, exceptione removeri, ſi non petat, ultrò pulſari poſſit, ut debitorem liberet, *l.*3. §.3. *de lib. leg.* Neutri verò horum locus eſſe poteſt, ubi nulla eſt obligatio. Pari denique ratione ſi teſtator centum, quæ Titius ei debeat, legaverit Sempronio, dicendum erit, inutile eſſe legatum, ſi nihil Titius debeat, *d. l. ſi ſic legatum*, §. 2. quippè nec hic legantur centum, quæ hæres det, ſed actio, quam præſtet adversùs Titium; hoc enim legato nominis continetur, ut hæres actiones ſuas præſtet; nullas verò habere aut præſtare poteſt adversùs eum, qui nihil debet, quod Juriſconſultus in *d. l. ſi ſic legatum*, §.2.

Digitized by Google

§.2. breviter his verbis ſignificat, *Eſſe enim debitor debet.*

Stichum ſervum meum vernam] Exemplum falſæ demonſtrationis. Eſt autem verna ſervus domi ex ancilla natus, οἰκογενὴς, οἰκοτραφής. Quo nomen Feſtus *à vere* deductum putat, *quod id tempus duce natura fœturæ eſt.* Hinc *vernaculus*, ut *vernacula lingua*, *uvæ vernaculæ*, id eſt, ἐπιχώριοι. Cicero *vernaculum crimen* pro domeſtico; Cæſar. 6. *comment. vernaculas Pompeii legiones* pro propriis dixit.

Stichum ſervum, quem à Sejo emi] Aliud ejuſdem generis exemplum ex *l. demonſtratio* 17. §.1. *de cond. & dem.* ubi aliud occurrit, veluti ſi ita ſervus demonſtratus ſit, *Stichum ſutorem, Stichum cocum Titio lego.* Licèt enim neque ſutor, neque cocus ſit, ad legatarium pertinere dicitur, ſi de eo ſenſiſſe teſtatorem apparet. Exempla autem hæc ſunt falſæ demonſtrationis adjectæ rei legatæ: idem verò etiam obtinet, ſi in perſona legatarii deſignanda quid erratum ſit aut falsò demonſtratum, puta circa corpus, vel artificium, vel officium, vel patriam, vel neceſſitudinem, vel affinitatem, dummodò de perſona ejus conſtet, cui teſtator legaverit, *d. l.* 17. §.1. *l. falſa* 33. *& l. ſeq. eod.* Quod tamen & ipſum ſemper ſic accipiendum eſt, dum nihil ampliùs obſit legato, quàm falſa demonſtratio; non etiam error, qui obſtet voluntati: qualis plerumque naſcitur ex errore ſanguinis. Nam ſi quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit, ut ſanguine conjuncto, qui non erat, legatum non valebit, *arg. l.* 4. *& l.* 7. *C. de hær. inſt.*

Textus.

De falſa cauſa adjecta.

31. *Longè magis legato falſa cauſa adjecta non nocet: veluti cùm quis ita dixerit,* Titio, quia me abſente negotia mea curavit, Stichum do, lego: *vel ita,* Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus ſum, Stichum do, lego. *Licèt enim neque negotia teſtatoris unquam geſſerit Titius, neque patrocinio ejus liberatus ſit, legatum tamen valet. Sed ſi conditionaliter enunciata fuerit cauſa, aliud juris eſt: veluti hoc modo,* Titio, ſi negotia mea curaverit, fundum meum do, lego.

Notæ.

31. *Legato non nocet*) Quia ait Papinianus, ratio legandi legato non cohæret, *l.* 72. §.6. *de con. & demon.* Id eſt, quia legatum conſtat etiam citra rationem adjectam legato, ideò falſa cauſa non nocet, quia vera quoque neceſſaria non eſt. At citra nomen aut demonſtrationem legari non poteſt.

Legatum tamen valet] Quoniam donare volui, aut ſaltem voluiſſe præſumor, quia nulla neceſſitate remunerandi tenebar. Sed tamen plerumque doli exceptio locum habet, ſi hæres probet me aliàs legaturum non fuiſſe, *d. l.* 72. §. 6. *de cond. & dem.*

Commentarius.

1 *Cur longè minùs falſa cauſa legato adjecta nocere dicatur, quàm falſa demonſtratio.*
2 *Cauſam in futurum collatam ſive modum huc non pertinere.*
3 *Qua ratione legatum in propoſito ſuſtineatur.*
4 *Inſigne hujus juris temperamentum.*
5 *Qua in re conditio & modus conveniant, & diſcrepent.*

Quod juris eſt, ait Gajus, in falſa demonſtratione, hoc vel magis eſt in falſa cauſa, *l. demonſtratio* 17. §.2. *de cond. & dem.* Cauſa noſtris dicitur cauſa præterita, ſeu ratio, propter quam aliquid datur aut fit, *l. damus* 52. *de cond. ind.* cauſa irritatrix, quam dialectici προκαταρκτικὴν vocant, 1 alias ἀφορμὴν, occaſio, cauſa impellens, dicitur. Igitur cauſa, id eſt, ratio legandi, etiamſi falſa ſit, legato non obeſt. Sed cur ait, longè minùs falſam cauſam legato adjectam nocere, quàm falſam demonſtrationem? Puto idcircò, quia nomen & demonſtratio cum legato cohærent, adhibentur enim ad perſonam legatarii aut rem legatam deſignandam: cauſa autem legandi à legato ſeparata eſt, & ſine ulla cauſa legari & poteſt & ſolet. Hanc differentiam indicat Papinianus *l. cum tale* 72. §. *falſam* 6. *de cond. & dem.* cùm ait, ideò falſam cauſam legato non obeſſe, *quia ratio legandi legato non cohæret.* Cauſa, quæ in futurum confertur, modus appellatur; veluti: *Centum lego ut opus extruatur, &c. d. l.* 17. §. *ult. de cond. & dem. tit. C. de his quæ ſub mod. leg.* Hæc autem huc non pertinet: quia quod ſub modo legatum 2 eſt, perinde ferè habetur, ac ſi ſub conditione relictum eſſet, *l. ſi cui* 92. *de cond. & dem. l.* 1. *Cod. d. tit.*

Legatum tamen valet] Donare enim nihilominùs teſtator voluit, aut ſaltem voluiſſe præſumitur. Quippè qui ſciebat, ſe ob negotia ſua gratis geſta aut patrocinium ſibi præſtitum nulla ne- 3 ceſſitate remunerandi teneri, *arg. l. donari* 82. *de regul. jur. l. damus* 51. *l. in ſumma* 65. §. *de cond. ind.* Cùm igitur gratuitam merèque voluntariam exercuerit liberalitatem, non debet hanc evertere falſitas occaſionis, qua primùm provocatus ad legandum fuit. Nam & ſi quis inter vivos ob hanc cauſam quid dederit, quòd negotia ſua adjuta putabat, falſa licèt perſuaſione, datum conſiſtit, nec repeti poteſt, *d. l. damus de cond. ind.* redditurque hæc ratio *in d. l. in ſumma*, §.2. *eod.* quia qui dedit, donare voluit. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus, *argum. in l. teſtam.* 12. *de reg. jur.* Cæterùm inſigne hujus juris temperamentum Papinianus addit, *l. tale* 72 § *falſam, de cond. & dem.* niſi hæres probet teſta- 4 torem legaturum non fuiſſe, ſi cauſam, quam adjecit, falſam eſſe ſciviſſet. Verba Papiniani ſunt

Sed

Digitized by Google

Sed plerumque doli exceptio locum habebit, ſi probetur, alias legaturum non fuiſſe. Quaſi dicat, etſi falſa cauſa adjecta legatum numquam ita vitiat, quin ſummo jure peti poſſit, propter regulam de falſa cauſa; tamen plerumque fieri, ut petentem legatatium hæres ſummoveat exceptione doli mali, docens, teſtatorem ſolius cauſæ, quæ adjecta eſt, gratia legatum reliquiſſe, aliàs non fuiſſe legaturum: Id verò ſæpè probatu non eſt uſque adeò difficile. Quid enim ſi teſtator aliquando apud amicos apertè dixerit, ſe, ſi verbi cauſa Titius negotia ſua non curaſſet, nihil habere, cur ei quicquam relictum vellet; vel ſe facere non potuiſſe, quin egregium officium ſibi à Titio præſtitum legato aliquo remuneraretur; aliam legandi cauſam non habuiſſe; vel hoc unum ſe moviſſe, ut Titium legato honoraret, quia reſtitutionem ſibi à Principe impetraſſet; aliàs nihil ſe illi legaturum fuiſſe? Denique quotieſcumque probari poteſt, tamquam pro compenſatione accepti beneficii legatum datum eſſe, locus erit exceptioni doli; quippè quæ omnibus obſtat, qui non ex voluntate defuncti aliquid petũt, *l. 3. §. ult. de adim. leg. l 4 §. præterea 10. de dol. mal. exc.* Et ideò ſi quis cum Titio quædam ſua negotia peregrè curanda commiſiſſet: atque exiſtimans ea diligenter curata eſſe, centum eidem Titio legaverit: cum adjectione hujus cauſæ, quam falſam eſſe & negotia illa neglecta hæres doceat, putarem hic etiam petenti legatario obſtaturam doli mali exceptionem.

Conditionaliter enunciata] Si cauſa conditionaliter hoc modo enunciata fuerit, Titio, ſi negotia mea curaverit, fundum lego, cauſa legato ipſa conceptione cohæret, & ſi falſa eſt, fit, ut voluntas legato deſit, & legatum ſit inutile, *l. demonſtratio 17. §. pen. de cond. & dem.* nam conditiones, quæ in præſens aut præteritum tempus conferuntur, ſi falſæ ſint, ſtatim vi ſua inanem & inutilem actum reddunt, *§. pen. infr. de verb. obl.* Itaque hoc caſu legatum non debebitur ipſo jure, eoque nec exceptio adversùs petentem deſiderabitur. Conditioni affinis eſt modus: utrumque enim futurum aliquid ſpectat, nam ſi hac legandi formula teſtator utatur, *Titio centum do, lego, ut mihi monumentum faciat*, legatum eſt ſub modo, *d. l. demonſtratio, §. ult.* ſi ita dixerit, *Do, lego, ſi monumentum faciat*, eſt conditionale. Effectu autem inter hæc multum intereſt: nam legatum ſub modo relictum purum eſt, & ſtatim peti poteſt, præſtita ſcilicet cautione de re reſtituenda, ſi modus non impleatur: ſub conditione autem relictum non debetur ante eventum conditionis, & ſi conditio defecerit, extinguitur, *l. 3. l. 4. Cod. de cond. inſert.* quamquam non omnium conditionum eventus perpetuò expectatur: nam ſi qua earum, quæ in non faciendo conſiſtunt, collata ſit in poteſtatem legatarii, deſiderante eo ſtatim repræſentatur relictum, dum is caveat, nihil ſe ejus facturum, quod teſtator vetuit: ſi contra fecerit, rem unà cum fructibus reſtituturum ei, ad quem jure civili deficiente conditione legatum pertinere poteſt. Quæ cautio, quòd à Q. Mucio inventa eſt & compoſita, Muciana dicta: atque in hæreditatibus quoque locum habet, *l. 7. l. is qui 18. de cond. & dem.* Plura de conditionibus inſertis *D. Tulden. & Perez. ad t. de falſ. ca. adi. & 2. ſeqq. Chriſtin. vol. 4. dec. 49.*

Textus.

De ſervo hæredis.

32. *An ſervo hæredis rectè legamus quæritur. Et conſtat, purè inutiliter legari, nec quicquam proficere, ſi vivo teſtatore de poteſtate hæredis exierit: quia quod inutile foret legatum, ſi ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſiſſet teſtator, hoc non debet ideò valere, quia diutius teſtator vixerit. Sub conditione verò rectè legatur ſervo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in poteſtate hæredis non ſit.*

Commentarius.

Hujus & ſequentis §. exiguus hodie uſus eſt ſervitute jam ſublata. Proponuntur duæ quæſtiones contrariæ, una hoc §. an ſervo hæredis rectè legetur, altera §. ſeq. an rectè legetur domino ſervi hæredis inſtituti.

Purè inutiliter legari] Quod ſervo legatur, ipſi domino legari intelligitur, *l. non minus 31. de hær. inſt.* proinde ſi ſervo legetur, vi ipſa hæredi à ſemetipſo legatur; quod à juris ratione alienum eſt, *l. & quidem 18. l. legatum 116. §. 1. de leg. 1. Ulp. tit. 24. §. 20.* neque natura patitur, ut idem ſibi & creditor ſit, & debitor, quod fieri neceſſe eſt, ſi ſervo hæredis legari volumus: nam hæres hic & creditor ſit oportet, quia dominus legatarii, & debitor, quia hæres teſtatoris. Hinc quotieſcumque accedit, ut creditoris & debitoris jura in eamdem perſonam concurrant, confunditur obligatio, & neceſſariò extinguitur: quia nemo ſibi obligatus eſſe poteſt, *l. ſicut 75. de ſolut. l. 6. C. de pact.*

Si vivo teſtatore de poteſtate] Utrùm quod purè relictum eſt, valeat, nec ne, tempore facti teſtamenti æſtimandum, juxta præſcriptum regulæ Catonianæ, quæ quod legatum inutile foret moriente ſtatim teſtatore, ex poſtfacto convaleſcere non patitur, *l. 1. de reg. Cat.* Atqui in propoſito, ſi ſtatim teſtator decedat, vires habere legatum non poteſt. Eadem ratione ſupra dictum eſt, cum res ſua alicui legatur, quia hoc legatum ab initio non conſiſtit, ideò non convaleſcere, etiamſi legatarius eam rem vivo teſtatore alienaverit, *§. ſed ſi rem eo. ſup. eod.*

Sub conditione verò rectè] Quod legatum per conditionem ſuſpenditur, id in incerto eſt, aliquando valiturum ſit, nec ne, ut dici non poſſit tempore teſtamenti valere aut non valere; & ideò placet Catonis regulam ad legata conditio-

nalia non pertinere, *l. 4. de reg. Cat.* quæ ob hoc amplius non pertinet ad legata, quorum dies non mortis tempore, ſed poſt aditam hæreditatem cedit, *l. 5. eod.*

An quo tempore dies legati cedit] Dies legati ſub conditione relicti ante eventum conditionis non cedit, *l. 5. §. 2. quand. dies leg.* id eſt, legatum ſub conditione datum non ante deberi incipit, quàm conditio extiterit, *l. cedere diem* 213. *de verb. ſign.* atque ex eo demum tempore vires hujuſmodi legatum capit; ut proinde etiam ſatis ſit, cùm conditio exiſtit, rem in eo ſtatu eſſe, ut poſſit vires capere; quemadmodum in propoſito poteſt, ſi ſcilicet eo tempore ſervus non ſit in poteſtate hæredis. Quòd ſi tempore conditionis exiſtentis adhuc in hæredis ſit poteſtate, procul dubio legatum nullum eſt. Sed inquies, etiam in caſu præcedenti contingere poteſt, ut die legati cedente ſervus non ſit in poteſtate hæredis: poteſt enim ante mortem teſtatoris, ex quo tempore dies legati purè relicti cedit, ab hærede manumitti aut alienari. Reſpondeo, quod attinet ad utilitatem legati puri, ita ſpectari tempus mortis, ut id tempus vi & poteſtate regulæ Catonianæ conjungatur cum tempore teſtamenti facti, perindeque omninò habeatur, licèt diutiùs teſtatorem vivere contingat, ac ſi ſtatim teſtamenti facti tempore deceſſiſſet. Ex quo eſt quòd nec ad ulla legata regula pertineat, quorum dies non cedit tempore mortis, *l. 3. de reg. Cat.*

Textus.

De domino hæredis.

33. *Ex diverſo, hærede inſtituto ſervo, quin domino rectè etiam ſine conditione legetur, non dubitatur. Nam etſi ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſerit teſtator, non tamen apud eum, qui hæres ſit, dies legati cedere intelligitur, cùm hæreditas à legato ſeparata ſit, & poſſit per eum ſervum alius hæres effici, & ſi priùs, quàm juſſu domini adeat, in alterius poteſtatem translatus ſit, vel manumiſſus, ipſe hæres efficitur: quibus caſibus utile eſt legatum. Quòd ſi in eadem cauſa permanſerit, & juſſu legatarii adjerit, evaneſcit legatum.*

Commentarius.

Hæc ſpecies ſuperiori contraria eſt. Ait, ei, cujus ſervus hæres inſtitutus eſt, etiam ſine conditione rectè legari, hac ratione, quia etiamſi ſtatim decedat teſtator, tamen hoc caſu dies legati apud eum, qui hæres ſit, non cedit: innuens, legatum quidem cedere domino, ac proinde eo mortuo ante aditam hæreditatem ad hæredem ejus tranſmitti; ſed non cedere apud hæredem, ut in caſu ſuperiori, cum domino hærede inſtituto ſervo ejus legatur. Quippè dominum non rectà per ſervum hæredem fieri, ſed ita, ſi juſſu ejus hæreditatem adierit: poſſe autem fieri, ut ſervus inſtitutus, priuſquam juſſu domini hæreditatem adeat, vel manumittatur, vel alienetur, atque ita vel ſibi, vel alteri domino, cujus juſſu adierit, hæreditatem acquirat, maneatque ſic hæreditas à legato ſeparata. Cùm itaque hic legatum & hæreditas decedente teſtatore ſtatim in eamdem perſonam non concurrat, neque ita neceſſariò ſequatur hæreditatis cum legato confuſio, ut ſuperiore caſu legati cum hæreditate, placet legatum interim in ſuſpenſo eſſe, & ſiquidem ſervus, antequàm juſſu domini hæreditatem adierit, manumiſſus vel alienatus fuerit, utile eſſe legatum: ſi verò in eadem cauſa manſerit, & juſſu legatarii adierit, evaneſcere propter confuſionem cum hæreditate, quo fit, ut in eum caſum deducatur; unde incipere non poterat. Eadem ratione reſponſum eſt, à filio hærede patri etiam purè legari poſſe, *l. à filio 25. l. quæſitum 91. in pr. de legat. 1.*

Textus.

De modo & ratione legandi. De ordine ſcripturæ.

34. *Ante hæredis inſtitutionem inutiliter antea legabatur; ſcilicet quia teſtamenta vim ex inſtitutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius teſtamenti hæredis inſtitutio. Pari ratione nec libertas ante hæredis inſtitutionem dari poterat. Sed quia incivile eſſe putavimus, ſcripturæ ordinem quidem ſequi, (quod & ipſi antiquitati vituperandum fuerat viſum) ſperni autem teſtatoris voluntatem; per noſtram conſtitutionem, & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante hæredis inſtitutionem legatum relinquere, & multò magis libertatem, cujus uſus favorabilior eſt.*

Notæ.

24. *Sperni teſtatoris voluntatem*] Quæ etiam ex veterum ſententia totum in teſtamento facit, *leg. 35. §. 3. de hæred. inſtit. leg. 12. in fin. de leg. 1.*

Et ante hæredis inſtitutionem] Nam in actu continuo & unius temporis nihil ὕστερον πρότερον videri debet; manetque hæredis inſtitutio ſemper caput & fundamentum teſtamenti, ſive ſequatur, ſive antecedat. Vveſ.

Commentarius.

1 *Veteres non ſatis idoneam rationem habuiſſe improbandi legata ante hæredis inſtitutionem relicta, & num. 2.*

Se-

1 SEquitur hujus tituli caput ultimum: in quo abolentur quædam juris veteris ſcrupuloſitates, quæ circa formam legandi obſervabantur; & nimirum hæ tres, quòd ante hæredis inſtitutionem, quòd poſt mortem hæredis, quòd pœnæ nomine legari non poterat.

Ante hæredis inſtitutionem] Olim ſi ab inſtitutione hæredis initium teſtamenti factum non eſſet, legata ante inſtitutionem hæredis relicta inutilia erant; veluti ſi quis in ordinando teſtamento ita primo loco dixiſſet, *Titio centum do, lego*; deinde loco ſecundo, *Sempronius mihi hæres eſto*: legatum hoc, ut præpoſtero ordine ante hæredis inſtitutionem relictum, non valebat. *Ulp. tit. 24. §. ante 14. Paul. 3. ſent. 6.* §. 1. Cujus rei rationem hanc affert Ulp. *quia poteſtate teſtamenti ab hæredis inſtitutione incipit*. Id eſt, quia per inſtitutionem hæredis demum vires, robur ac firmamentum teſtamentum accipit: ut proinde hæredis inſtitutio veluti caput ac fundamentum totius teſtamenti præcedere debeat: & quod ante relictum eſt, tamquam extra teſtamentum relictum videatur, ἐκτὸς τῆς διαθήκης, ut ait Theophilus. Cæterum hæc ratio Juſtiniano tanti viſa non eſt, ut propter eam ordo ſcripturæ neceſſariò ſequendus ſit, ſpreta teſtatoris voluntate. Et meritò. Sit enim inſtitutio hæredis caput & fundamentum teſtamenti, ex ea teſtamentum vires accipiat, uti revera accipit, *l. quod per manus, de jur. cod.* non ideò tamen legatum inſtitutioni hæredis præpoſitum perinde habendum, quaſi extra teſtamentum relictum ſit: quoniam cùm unus continuus teſtandi actus ſit, nihil in eo ὕστερον πρότερον videri debet: & proinde ſive antecedat legatum, ſive inſtitutionem hæredis ſequatur, inſtitutio ſemper manet caput ac fundamentum teſtamenti. Nec ſcio, an aliam rationem habeat, quòd olim etiam ante hæredis inſtitutionem fideicommiſſum dari potuit; *Ulp. tit. 25. §. 6. & l. tutor §. ad certum, ſup. qui teſt. tut. dar.* & quòd licebat teſtamentum ordiri ab exhæredatione, *leg. 1. de hær. inſt.* qua de cauſa Juriſconſultus ibi non ſimpliciter dicit, eum, qui teſtatur, ab hæredis inſtitutione debere initium facere teſtamenti, ſed plerumque debere.

Nec libertas hæredis inſtitutionem] Quaſi dicat, quamvis libertatis magnus ſemper fuerit favor; tamen hac in re non plus licuiſſe circa libertatis dationem, quàm cætera legata. Excipit Ulpian. teſtamentum militis *tit. 1. de libert. §. 1. poſt mortem 55.*

Et ipſi antiquitati] Ipſi etiam veteres in pleriſque potiorem rationem ducunt voluntatis, quàm ordinis ſcripturæ. Cujus rei exempla paſſim occurrunt; ut in *l. 14. de pec. leg. l. cum pater 77. §. fidei 12. de legat. 2. l. 6. de ſolut. l. ſi idem 14. de legat. 2.* & identidem pronuntiant, voluntatem teſtatoris in teſtamento totum facere, *l. ex facto 35. §. rerum, de hær. inſt. l. ſi mihi 12. in fin. de legat. 1.* At enim in hac ſpecie, quæ non tam ab ordine ſcripturæ, quàm à juris ratione dependere viſa
2 eſt, non ſunt auſi idem definire. Quæ tamen profectò nimia fuit ſcrupuloſitas. Nam cùm illud admiſerunt, ut fidejuſſor præcedere poſſet principalem obligationem, *§. inf. de fidejuſſ.* nulla idonea ratio dari poſſe videtur, cur non etiam hoc receperint, ut legata præcedere poſſent inſtitutionem hæredis. Neque enim magis fidejuſſio ſine principali obligatione conſiſtere poteſt, quàm legatum ſine hæredis inſtitutione. Denique cùm, ut antea diximus, actus teſtamenti ſit continuus, in eo conſiderari non oportet, quid prius aut poſterius fiat, cùm totum illud, quod fit, unus ſit unius temporis actus, *l. hæredes 21. §. ult. qui teſt. fac.* quod & D. Vveſembecius notat.

Per noſtram conſtitutionem] Non extat alia quæ hujus rei meminit, quàm illa ad Mennam præfectum prætorio in *l. ambiguitates 24. C. de teſtam.* qua tamen nihil aliud cavetur, quàm ut ne vitia in ſcribendo commiſſa imperitia tabellionum obſint teſtatoris voluntati. Unde plerique putant, & eſt veriſimile, conſtitutionem, qua primùm atque ex profeſſo jus vetus abolitum eſt, deſiderari. Cæterum quod Baro exiſtimat, conſtitutione illa ſic cautum fuiſſe, ut ordo, qui hic commemoratur, à teſtatore obſervari debeat, & tantùm inverſio ordinis in ſcribendo à tabulario facta non vitiaret teſtamentum, falſum eſſe, arguunt verba hujus textus, quæ manifeſtè indicant, Juſtinianum ſua illa conſtitutione totam hanc rem arbitrio teſtatoris ſimpliciter permiſiſſe, ut nihil interſit, veterem ordinem ſervet, an à legatis initium ſumat.

Et inter medias] Hoc etiam jure veteri licitum fuiſſe teſtis eſt Paul. 1. *ſent. 6.* §. 1. Noſtri notarii ineptiam ſuam produnt, dum ſemper ferè à legatis & fideicommiſſis teſtamentum incipiunt, quaſi putent inverti rerum ordinem, ſi hæredis inſtitutio, quæ tamen caput eſt & baſis totius rei, primo loco ſcribatur. *Gomez. 1. var. reſ. 2. n. 5. lat. Vermey art. teſt. t. 16.*

TEXTUS.

De legato poſt mortem hæredis, vel legatarii.

35. *Poſt mortem quoque hæredis aut legatarii ſimili modo inutiliter legabatur: veluti ſi quis ita dicat*, Cùm hæres meus mortuus fuerit, do, lego. *Item*, Pridie quàm hæres aut legatarius morietur. *Sed ſimili modo hoc correximus, firmitatem hujuſmodi legatis ad fideicommiſſorum ſimilitudinem præſtantes: ne in hoc caſu deterior cauſa legatorum, quàm fideicommiſſorum, inveniatur.*

NOTÆ.

35. *Poſt mortem hæredis*, &c.] Quia ab hæredis hærede legari non poterat, Ulp. *tit. 24.* §. 15. Paul. 3. *ſent. 6.* tum etiam ob veterem regulam, quæ non patiebatur obligationem, quæ non ceperat

perat

Digitized by Google

pérat à defuncto vel contra defunctum, in perſona hæredis vel contra hæredem incipere. Th.

Pridie quàm hæres, &c.] Hoc enim vi ipſa idem cum ſuperiore §. 12. *inf. d. t.*

Hoc correximus] *l.* 11. *C. de contr. ſtip.* Regulam, cujus ſupra mentio, ſuſtulit, *l. un. C. ut act. ab hær.*

Quam fideicommiſſ.] Jam olim enim benignè receptum erat, ut fideicommiſſa poſt mortem hæredis relinquere liceret, *l.* 5. §. 1. *de leg.* 3. Ulp. *tit.* 25. §. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cur poſt mortem hæredis aut legatarii legare non licuerit.*

2 *Cur licuerit in tempus mortis.*

3 *Legatum filio emancipato poſt mortem patris relictum conferri: cum pater morietur, non item.*

HÆc item mera quædam ſubtilitas fuit, quòd olim poſt mortem hæredis aut legatarii legare conceſſum non erat, teſtibus Ulp. *tit.* 24. §. *poſt mortem* 15. *Paulo* 3. *ſent.* 6. §. 4. quam ob cauſam hunc quoque juris articulum emendavit Juſtinianus.

Inutiliter legabatur] Ulp. *d. loc. Poſt mortem hæredis*, inquit, *legari non poteſt, ne ab hæredis*
1 *hærede legari videatur: quod juris civilis ratio non patitur.* & Paul. ſimiliter *dict. loc. Poſt mortem hæredis legari non poteſt: quia nihil ab hæredibus hæredis relinqui poteſt.* Credo, quia incertum eſt, quinam illi futuri ſint, deinde quia mandare alieno hæredi non licet. In univerſum verò poſt mortem hæredis aut legatarii ideò legare non licebat, quoniam vetus erat regula juris, ut obligatio, quæ non cœperat à defuncto vel contra defunctum, in perſona hæredis vel contra hæredem non inciperet, §. *poſt mortem* 12. *infr. de inut. ſtip.* Jam verò ſi quod poſt mortem hæredis legatur, valere volumus, neceſſe eſt obligationem, quæ contra defunctum non incipit, adverſùs hæredem tranſire: ſi quod poſt mortem legatarii, neceſſe eſt, ut obligatio, quæ à defuncto non incipit, ad hæredem ejus tranſeat. Cur igitur, inquies, fideicommiſſum poſt mortem hæredis relinqui potuit? Ulp. *tit.* 25. §. 6. Reſp. Benignè id receptum fuit, ut fideicommiſſum relinqui poſſet ab hæredis vel legatarii hærede, ſalva in cæteris ſuperiore regula, *l.* 5. *de leg.* 3.

Cum hæres meus mortuus] Aut, *Titio, cùm mortuus fueris, do, lego.* Enimverò quamvis
2 poſt mortem legari non potuit, in tempus tamen mortis tam legatarii, quàm hæredis legatum conferri poterat, puta hoc modo, *L. Titio, cum morietur, do, lego*: vel, *Hæres meus, cum morietur, damnas eſto dare, Paul. d. loc.* §. 5. *& Ulp. eod. l. ſi pecunia* 12. §. 1. *de leg.* 1. *l. hæres* 79. §. 1. *de cond. & dem.* quemadmodum & ſtipulatio in mortem promiſſoris aut ſtipulatoris utiliter concipiebatur, §. *ita autem* 14. *infr. de inut. ſtip.* Nimirum moriendi momentum vitæ attribuitur. quoniam viventes morimur; & mors ſi non ſemel tota eſt, non eſt: unde fit, ut in tempus mortis collata obligatio, ante mortem in perſona morientis incipiat, & cœpta ad hæredem tranſmittatur. Hinc etiam illud eſt, quòd 3
etſi filius emancipatus non tenetur conferre legatum poſt mortem patris ei relictum, *l. pen. de collat. l. nec emancipati* 15. *C. eod.* conferre tamen teneatur, quod ei legatum eſt, cum pater morietur: quia id non poſt mortem patris demum acquiſiviſſe, ſed moriente patre, manenteque adhuc vita, eum habuiſſe interpretamur. Conſtat autem, emancipatum juberi ea omnia conferre fratribus, qui in poteſtate manſerunt, quæ moriente patre habuit, *l.* 6. *C. d. tit. Ulp. tit. de poſſ. dand.* §. 3. *add. Cujac.* 3. *obſ.* 34.

Pridie quàm hæres aut legatarius morietur] Exiſtimaverunt veteres, hoc legatum incidere in ſpeciem præcedentem, & eum caſum, quo poſt mortem hæredis aut legatarii legatur. Nam cùm illud *pridie* ante mortem incertum ſit, & non niſi poſtquàm jam mortuus eſt hæres aut legatarius, ſciri poſſit, quis ille dies fuerit, non magis hic obligationem ante mortem incipere poſſe crediderunt, quàm ſi expreſsè poſt mortem legatum eſſet. Quam ob cauſam ſtipulatio quoque hujuſmodi, *Pridie quàm moriar*: vel *Pridie quàm morieris, dare ſpondes?* inutilis erat, *d.* §. *poſt mortem inf. de inut. ſtip.* Ecce ſollicitam veterum diligentiam.

Correximus] Ex conſtitutione Juſtiniani etiam poſt mortem hæredis aut legatarii legare licet, uti & ſtipulatio in tempus poſt mortem ſtipulatoris aut promiſſoris concepta, ex ejuſdem conſtitutione valet, *l. ſcrupuloſam, C. de contr. ſtip.* Idem alia conſtitutione antiqui juris regulam abrogavit, permiſitque, actiones ab hæredibus & contra hæredes incipere, *l. un. C. ut act. ab hær.* Mutandi juris veteris hanc cauſam habuit, quod illud in pura pura ſubtilitate conſiſtebat. Cur enim cùm legatum in tempus mortis conferre liceat, non liceat in tempus poſt mortem, aut in ante diem mortis? Meræ ſubtilitatis eſt, momentum mortis vitæ in hac cauſa attribuere, atque hoc ſolo colore defendere legatum: aut propter illud verbum *pridie*, voluntatem teſtatoris infirmari.

Quam fideicommiſſorum] Nam fideicommiſſa etiam olim poſt mortem hæredis rectè relinquebantur, teſte Ulp. *tit.* 25. §. 6. *& in l.* 5. §. 1. *de leg.* 3

TEXTUS.

Si pœnæ nomine relinquatur, adimatur, vel transferatur.

36. *Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur, vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi hæredis cauſa relinquitur, quò magis aliquid faciat, aut non fa-*

c'at:

Digitized by Google

ciat: veluti ſi quis ita ſcripſerit, Hæres meus ſi filiam ſuam in matrimonium Titio collocaverit: *vel ex diverſo*, Si non collocaverit: dato decem aureos Sejo: *aut ſi ita ſcripſerit*, Hæres meus ſi ſervum Stichum alienaverit: *vel ex diverſo*, Si non alienaverit, Titio decem aureos dato. *Et in tantum hæc regula obſervabatur, ut quamplurimis principalibus conſtitutionibus ſignificaretur, nec Principem agnoſcere, quod ei pœnæ nomine legatum ſit: ne ex militis quidem teſtamento talia legata valebant: quamvis aliæ militum voluntates in ordinandi teſtamenti valdè obſervabantur: quin etiam nec libertates pœnæ nomine dari poſſe placebat: eo ampliùs nec hæredem pœnæ nomine adjici poſſe Sabinus exiſtimabat: veluti ſi quis ita dicat*, Titius hæres eſto: ſi Titius filiam ſuam in mattimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque hæres eſto. *Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrùm legati datione, aut cohæredis adjectione. Sed hujuſmodi ſcrupuloſitas nobis non placuit: & generaliter ea, quæ relinquuntur, licèt pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium tranſlata, nihil diſtare à cæteris legatis conſtituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo: exceptis videlicet iis, quæ impoſſibilia ſunt, vel legibus interdicta, aut aliàs probroſa. Hujuſmodi enim teſtamentorum diſpoſitiones valere ſecta meorum temporum non patitur.*

NOTÆ.

36. *Inutiliter legabatur*] Vel quia in hæredis voluntate legatum poni non poteſt, *l. 43. §. pen. de leg.* 3. vel potiùs, quia finis legandi hujuſmodi legato obſtat, cùm legata ex benevolentia erga legatarium proficiſci, non odio hæredis relinqui debeant, v. Th.

Quod coercendi hæredis cauſa] Addit Ulp. *d. loc. non ut quid ad alium pertineat*, id eſt, non ut legatum faciliùs à legatario obtineatur. Itaque tale legatum, *Hæres uxori meæ penum dato: ſi non dederis, centum dato*, *l. 1. de pen. leg.* & ſi quæ ſimilia, non eſt exemplum legati pœnæ: etſi enim & hic conſtringitur hæres, id tamen non ſit hæredis puniendi, ſed legati juvandi cauſa. Locus Africani in *l. 1. de his quæ pæn. cauſ.* interpolatus videtur à Tribon.

Hujuſmodi ſcrupuloſitas non placuit] Et meritò. Nihil enim iniquitatis habet, ſi is, qui hæres inſtituitur, aut legato honoratur, pro modo relicti à teſtatore conſtringatur, ut aliquid faciat, quod honeſtè facere poſſis, *l. un. Cod. de his quæ pæn. nom.*

Secta meorum temporum] Ratio, diſciplina, juſtitia, *leg. ultim. Cod. de pact.* Alexan. *l. 2. Cod. ad leg. ult. maj. Trajan. ad Plin.* 10. 56. Igitur tale legatum, *Hæres meus niſi mare ebiberis; aut niſi uxorem proſtitueris, centum Titio dato*, nullius momenti eſt; quia pœnæ cauſa hæredi, quod impoſſibile aut turpe eſt, injungitur. At cum impoſſibilitas imponitur legatario, puta hoc modo, *Titio ſi mare ebiberis*, &c. *centum lego*, valet legatum, & conditio hujuſmodi pro non ſcripta habetur, ut §. *pro pen. ſup. de hær. inſt.* quod notand.

COMMENTARIUS.

1 *Veteris juris, quod hic refertur, variæ rationes.*
2 *Quid ſit pœnæ nomine legare.*
3 *Abrogatio hujus juris cum cauſa abrogandi.*
4 *Interpp. pleroſque circa hunc articulum erraſſe, eò quòd non ſatis intellexerint, quid ſit, pœnæ nomine legare.*
5 *Notatur Bachovii & Sutholti inſignis error.*

TErtia hæc ſpecies eſt, in qua jus vetus circa formam legandi à Juſtiniano mutatum. Olim quod pœnæ nomine relictum erat, in cauſa fuit, ut qualecumque hoc eſſet, in totum non valeret, *Ulp. tit. 24. §. pœnæ fac. l. 2. de cond. & dem. l. 1. de his quæ pæn. nom.* Jul. Capitolinus in Anton. *Primus conſtituit, ne pœnæ cauſa legatum relictum maneret.* Neque alia in hac re fideicommiſſorum, quàm legatorum, cauſa fuit, *Ulp. tit. 23. §. 11.* Hujus autem juris duplicem rationem 1
fuiſſe Theophilus memorat. Primùm quoniam in hæredis arbitrium hoc legatum confertur: ſic autem juris conſtitutio eſt, ut legatum in poteſtate hæredis poni non poſſit, *l. ſenatus 43. §. pen. de leg.* 1. Deinde quia finis legandi hujuſmodi legato obſtat: quippè legata ex animo & benevolentia erga legatarium proficiſci debere, non puniendi, aut territandi hæredis cauſa relinqui: pœnæ verò cauſa quod legatur, non beneficentiæ erga legatarium exercendæ gratia relinqui, ſed contra naturam legati odio hæredis, ut ſit pœna, non præmium, non honos. Quin & tertia ejuſdem juris ratio dari poteſt, quòd ſcilicet per ejuſmodi legata infringebatur libertas faciendi, quod jure cuique facere licet, & licere debet: quod & ipſum jus civile improbat, *leg. Titio 71. §. 2. de cond. & demonſtr.* atque hanc quoque rationem videtur ſignificare Theophilus, cùm ait, hoc genus legati modum quemdam præſcribere hæredibus, καθ' ὃν ἔδει αὐτοὺς πολιτεύεσθαι.

Adimebatur vel transferebatur] Exemplum ſit, *Titio centum do, lego, Titius filiam ſuam Sejo in matrimonium ne collocet. Si Titius filiam ſuam Sejo collocaverit, quod Titio legavi, non do, non lego: vel, quod Titio legavi, Sempronio do, lego.*

Quod

Digitized by Google

Quod coercendi hæredis cauſa relinquitur] Vel etiam quod coercendi legatarii cauſa adimitur aut transfertur, ut in exemplo modò propoſito. Pleniùs aliquanto definit Ulp. *tit. 24. §. pœna 16. pœnæ*, inquit, *cauſa legatur, quod coercendi hæredis cauſa relinquitur, ut faciat quid, aut non faciat, non ut quid ad alium pertineat*: id eſt, non ut legatum, quod alicui relictum eſt, faciliùs à legatario percipiatur aut obtineatur. Quæ nos definitio docet, non omnem eum pœnæ nomine legare intelligi, qui coercendi hæredis gratia legat; ſed eum ſolum, qui nullam aliam cauſam legandi habet, quàm ut hæres coerceatur: quod diligenter notandum eſt, ut ſcilicet intelligamus, legatum pœnæ nomine non relictum videri, non ſolùm cum hæres non conſtringitur ullo modo, ſed etiam, cum conſtringitur aut coercetur, ſed alius rei gratia, legati ſcilicet, quod datum eſt, juvandi, aut voluntatis teſtatoris confirmandæ.

Et in tantum hæc regula obſervabatur] Amplifica veterem regulam quatuor modis. 1. Quòd etiam Principes in eo, quod pœnæ nomine ipſis relictum erat, huic ſe juri ſubjiciant. 2. Quòd nec ex eo teſtamento militis hujuſmodi legata debebantur. 3. Quòd ne libertas quidem pœnæ cauſæ dari poterat. 4. Quòd placebat nec hæredem pœnæ cauſa adjici poſſe. Quibus & quintum addi poteſt, quòd nec fideicommiſſa, quorum longè laxior natura, quàm legatorum erat pœnæ nomine dari poterant, *Ulp. tit. 25. §. pœnæ 11.*

Hujuſmodi ſcrupuloſitas nobis non placuit] Juſtinianus etiam in hoc articulo juris veteris obſervationem, ut nimis ſcrupuloſam, abrogandam putavit, idque effecit conſtitutione ea, quæ extat in *l. un. C. de his quæ pœn. nom.* ut jam quæ pœnæ nomine relinquuntur, vel adimuntur, aut transferuntur, non minùs valeant, quàm cætera, quæ jure relicta ſunt. Et profectò nemini iniquum videri debet, eum, qui hæres inſtituitur, aut legato honoratur, pro modo relicti à teſtatore gravari, aut conſtringi, ut aliquid faciat, quod poſſit facere, & honeſtè poſſit: præſertim cùm voluntatem defuncti legis inſtar obſervari etiam veteres voluerint, *l. ex facto 35. §. verum 3. de hær. inſt.* Humanum tamen eſſe pleriſque viſum eſt, ut hæres ob juſtam ac probabilem cauſam ſaltem excuſetur à pœna, *Covar. in c. Raynaldus §. 1. nu. 7. de teſtam. Peregrin. lib. 3. de jur. fiſc. cap. 10. nu. 108. Sand. lib. 4. tit. 6. def. 1.* Ex his verò perſpicuum eſt, errare interpretes, qui putant, jam tum tempore mediæ juriſprudentiæ pœnæ nomine legare licitum fuiſſe, & Juſtinianum hic intelligere jus quoddam antiquius eo, quod relatum eſt in Pandectas. Cauſam errori præbuit, quòd non intellexerunt, quid ſit, pœnæ nomine legare. Putant, tale legatum: *Hæres uxori meæ penum dato: ſi non dederis centum dato*; quale legatum citra controverſiam ſemper valuit, *l. 3. de pen. leg. l. 1. §. item ſi 18. ad l. Falc. l. cum fine 19. quand. d. leg.* exemplum eſſe jus, quod pœnæ nomine relictum eſt. Verùm ex definitione Ulp. paulò ante à me relata atque illuſtrata facilè apparet, hoc exemplum ad legata pœnæ cauſa relicta non pertinere: quippè in quo nihil proponitur relictum aut cautum odio hæredis, aut ob eam cauſam, ut hæres coerceatur: ſed totum apparet relictum & cautum uxoris gratia. Manifeſta igitur illa ignoratio eſt elenchi. Neque neceſſe eſt, ut cum Cujac. *tract. 5. ad Afric. in l. 1. de his quæ pœn. nom.* excipiamus de regula hanc ſpeciem, *Hæres meus tale monumentum mihi ædificato: ſi non ædificaveris, centum Titio dato, leg. 6. leg. in teſtamento 27. de cond. & dem* nam ne hoc quidem legatum pœnæ nomine relictum dici debet ex ſuperiore definitione, quod præcipuè teſtatoris cauſa relictum eſt, & quo hæres provocatur ad faciendum, quod teſtator ſibi fieri voluit. Juſtius movere interpretes potuit *d. l. g. 1. de his quæ pœn. nom.* Sed jam docti omnes vident, locum iſtum eſſe interpolatum, Tribonianumque de ſuo hæc verba, *illicitè, vel probroſè*, reſponſo Africani inſeruiſſe, atque in calce item adjeciſſe verbum *talem*, ut ſubſerviret conſtitutioni Juſtiniani, quæ quidem ſublato jure veteri permittit pœnæ cauſa legari, ſed excipit, quæ illicita, probroſa, vel impoſſibilia ſunt.

Impoſſibilia, vel legibus interdicta] Impoſſibilia, veluti ſi quis ita leget, *Hæres meus, niſi digito cœlum tetigeris*, aut, *niſi mare ebiberis, Titio centum dato*. Legibus interdicta & probroſa veluti ſi ita leget, *Niſi amitam uxorem duxeris, dato*; vel, *Si parenti alimenta præſtiteris; Si patrem ab hoſtibus redemeris, dato, l. conditiones 9. de cond. inſt.*

Hujuſmodi diſpoſitiones valere ſecta meorum temporum non patitur] Meritò hujuſmodi diſpoſitiones ne nunc quidem valere patitur: quippè pœnæ locus dari non debet, ubi nullum delictum, nulla fraus aut culpa eſt, *l. aliud eſt fraus 131. de verb. ſign.* Quæ verò culpa aut fraus in eo, qui non facit quod vel natura impoſſibile eſt, vel legibus aut bonis moribus contrarium? Igitur hujuſmodi legatum: *Hæres meus niſi mare ebiberis, niſi matrem domo expuleris, centum Titio dato*, nullius momenti eſt, ut benè Gloſſa in *d. l. un. Cod. de his quæ pœn. nom.* notat, & inſertè ſcriptum eſt in *d. l. Pand. eod.* Mirorque adeò judicium Bachovii in *Treutl. vol. 2. diſp. 13. theſ. 6.* & Sucholti, qui hoc à præceptore hauſit, *diſſ. 11.* 5 *n. 59.* contendentium, in propoſito non vitiari legatum, ſed vitiari illud ipſum, & pro non adjecto haberi, quod adjectum impoſſibile aut legibus interdictum eſt, *arg. §. impoſſibilis 10. ſup. de hær. inſt. l. ab omnibus 104. §. 1. de leg. 1. l. 5. de cond. & dem. cum ſimil.* quibus locis traditur, conditionem impoſſibilem aut turpem legato adjectam legatum non vitiare: ſed ipſam vitiari & pro non ſcripta eſſe. Quis enim non videt, quantum interſit, utrùm ſimpliciter quis centum leget ſub conditione impoſſibili aut turpi, puta hoc modo, *Titio ſi digito cœlum tetigeris, ſi* [illegible]

rem

rem ſuam proſtituerit, *centum do*, *lego*, an centum leget pœnæ cauſa, eo hæredi injuncto, quod impoſſibile aut probroſum eſt; veluti ſi ita dicat, *Hæres meus niſi digito cœlum tetigerit*, *niſi uxorem ſuam proſtituerit*, *centum dare damnas eſto*. Illic legatum non vitiatur, ſed favore ultimæ voluntatis ejuſmodi conditiones detrahuntur aut remittuntur, ne legatario, cui nihil imputari poteſt, fraudi ſit, quod non pareat conditioni, cui per rerum naturam aut leges parere non poteſt. Hic legatum nullius momenti eſt, non quia legato adjecta impoſſibilis aut turpis conditio: ſed quia relictum eſt puniendi hæredis cauſa, ſi ipſe conditioni non pareat, ideſt, non faciat, quod natura aut jure facere non poteſt. Hic inquam tale legatum inutile eſſe placet, ne puniatur, qui pœnam non meretur. Atque hanc eſſe mentem Juſtiniani ex hoc ipſo loco ſatis intelligitur, cum legatis, quæ pœnæ nomine relinquuntur, confirmatis, excipit ex eo genere, quæ impoſſibilia aut turpia ſunt. Vidit tandem hoc etiam D. Bachovius, & verum eſſe confeſſus eſt in comment. ad hunc §.

TITULUS XXI.
DE ADEMPTIONE LEGATORUM, ET TRANSLATIONE.

Dig. Lib. 34. Tit. 4.

Continuatio. Quàm variis modis ademptio legatorum fiat.

Dictum hactenus eſt de iis, quæ ad conſtitutionem legati pertinent: nunc, uti mos eſt Juriſconſultorum, exponitur, quomodò rectè ab initio conſtituta infirmentur. Id fit cum aliis modis, tum maximè ademptione aut translatione, de quibus etiam hic Juſtinianus ſolùm agit. Eſt autem hæc facultas liberrima, ut quod teſtator ſemel alicui legavit, id ei adimere, aut in alium transferre poſſit, voluntaſque defuncti ambulatoria eſt uſque ad vitæ ſupremum exitum, *l. 4. hoc tit.* Ademptione legati vel ipſo jure legatum extinguitur, vel ope exceptionis enervatur. Ipſo jure legatum ademptum intelligitur, ſi teſtator declaraverit contrariam voluntatem: idque vel verbis; ſive directò contrariis, dum teſtatur ſe adimere quod dedit; ſive aliis quibuſcumque, ex quibus apertè intelligatur, pœnituiſſe eum prioris voluntatis, arg. *l. Divi 13. eod.* vel rebus & factis: veluti ſi legatum conſultò induxerit, *leg. nihil intereſt 16. eod.* aut rem legatam deſtruxerit, *l. ſi ita 65. §. ult. de leg. 1. l. lana 88. §. 2. de legat. 3.* aut in novam ſpeciem transtulerit, quæ ad priſtinam materiam reduci non poſſit, *d. l. lana in pr. & §. 1.* vel nulla neceſſitate adductus alienaverit, de quo actum *tit. præc. §. ſi rem. 12.* vel deniquè ſi quis nomen debitoris ſui alteri legatum exegerit, de quo ſub §. *tam autem 21. eod. t.* Ope exceptionis ademptio introducitur, ſi quid intervenerit, ex quo mutata voluntas teſtatoris colligi poſſit, cùm neque verbis, neque facto aliquo palam declaravit ſe legatum adimere; veluti ſi graves inimicitiæ inter teſtatorem & legatarium interceſſerint, nec reconciliatio ſequuta ſit, hic petenti legatario obſtabit exceptio doli ex nuda eaque præſumpta contraria voluntate, *l. 3. §. ult. junct. l. ſeq h. t.* Perindè omninò aſſentior Bart. *in l. ſi ita 14. de leg. 1. Arg. Mynſ. & Schneid. hic*, poſſe legatarium oppoſita exceptione doli ſubmoveri, etiamſi imperfecto teſtamento legatum ademptum eſſe proponatur: quippè cùm hæc exceptio obſtet omnibus, qui voluntate teſtatoris deſtituuntur, *l. 4. §. præterea 10. de dol. mal. exc. l. militis 36. §. 3. de teſtam. mil.* Præter hæc, quod hic non tangit Juſtinianus, legata etiam caſu intercidunt, videlicet ſi teſtamentum, quo aliquid relictum eſt, rumpatur aut irritum fiat, *l. filio 17. de iniuſt. rupt. l. 8. §. pen. de inoff. teſtam. l. ſi nemo 181. de reg. jur. l. 1. C. de poſt. hær. inſt.* Una tamen exceptio eſt ex jure noviſſimo, niſi teſtamentum reſciſſum ſit ex cauſa præteritionis aut exhæredationis: quod cum incidit, ſola inſtitutio irrita eſſe jubetur, cætera autem capita rata manere, *auth. ex cauſa, Cod. de lib. præt. vid. ſupr. tit. de inoff. teſtam.* Porrò eadem libertate, qua legatum adimitur, etiam in alium transferri poteſt, de quo in §. 1. ſeu parte hujus tit. altera.

TEXTUS.

De ademptione.

Ademptio legatorum, ſive eodem teſtamento adimantur, ſive codicillis, firma eſt. Sed & ſive contrariis verbis fiat ademptio; veluti ſi quod ita quis legaverit, Do, lego, *ita adimatur*, Non do, non lego: *ſive non contrariis, ſed aliis quibuſcumque verbis.*

NOTÆ.

Sive codicillis] Teſtamento confirmatis ipſo jure, *Ulp. tit. 24. § 27. fac. l. 43. de man. teſt. d. l. 16 de vulg. & pup.* non confirmatis tuitione prætoris, oppoſita petenti doli mali exceptione, *l. 4 §. 10. de dol. mal. exc.*

Firma eſt] *L. 17. C. de legat.* Quippè voluntas defuncti ambulatoria eſt uſque ad vitæ ſupremum exitum, *l. 4. h. t.*

Aliis

Aliis quibuſcumque verbis] Ut *in l.3.§.8. l.13. eod.* vel ſi facto aliquo contrariam voluntatem declaraverit, cujuſmodi exempla habes *l. 16. eod. l.65.§.2. de leg. 1. l.88. eod. 3.§.12. ſup. tit. præt.* Ope etiam exceptionis ademptio introducitur ex nuda contrariæ voluntatis præſumptione, veluti ſi graves inimicitiæ inter teſtatorem & legatarium exortæ fuerint, nec reconciliatio ſecuta, *l. 4. §. ult. l. ſeq. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

S*Ive eodem teſtamento*] Meminit tantùm ejuſdem teſtamenti, propterea quòd ſi aliud teſtamentum factum fuerit, hoc ipſo legata priore teſtamento relicta infirmantur, unàque cum teſtamento, in quo relicta ſunt, citra ullam aliam revocationem corruunt. Et igitur, quod priore ſcriptura teſtamento datum eſt, id poſteriore adimi poteſt, *l. Divi, 13. l. nihil prohibet 17. hoc tit. l. ſi quis 16. de vulg. & pup.* Atque adeò etiam ſtatim & continenter, ut opinor, revocari; puta hoc modo, *Centum Titio do, lego: imò non do, non lego.* Neque obſtat, quod traditur *in l. ubi 188. de reg. jur.* ubi pugnantia in teſtamento jubentur, neutrum valere; quod Græci reddiderunt *τὰ ἐν διαθήκῃ ἀλλήλοις ἐναντιούμενα οὐκ ἔῤῥωται*; quoniam regula iſta procedit in perplexis atque inter ſe collidentibus; cujuſmodi ſpeciem habemus in *l. ſi Titius 16. de cond. inſt.* non ubi prior ſcriptura per poſteriorem corrigitur, commutatur, aut reſcinditur, *d. leg. nihil prohibet*, & ibi Gloſſ. & Bart. *hic tit.*

Sive codicillis] Intellige teſtamento confirmatis, ut benè Martin. & Placent. teſte Accurſ. *hic & in præfat. Nov. 159. verſ. manifeſtum.* Quia cùm codicillis teſtamento non confirmatis nihil directò dari potuerit, *l. libertate 43. de man. teſt. §. præterea 10. inf. de fideic. hær.* conſequens eſt, & arguit *l. ſi quis 16. de vulg. & pup.* nec quod teſtamento datum erat, codicillis non confirmatis potuiſſe adimi; ita quidem certè, ut ademptio ipſo jure valeret; nam quin petens legata per exceptionem doli hoc caſu repelli potuerit, non eſt dubitandum, *l.4.§. præterea 10. de dol. mal. exc.* Errat igitur *& Accurſ. dd. loc. & Bart. in l. ſi ita 14. de legat.* quorum ille contendit, ne confirmatis quidem codicillis ipſo jure legatum adimi; hic contra ipſo jure adimi codicillis etiam non confirmatis: quod tamen novo jure defendi poterit. Quoniam autem olim legata ab inteſtato dari non poterant, quæri non potuit, an ita data aliis codicillis potuerint adimi: ſed huic quæſtioni locus erat in fideicommiſſis. Hodie tamen etiam in legatis eſt, poſt eorum cum fideicommiſſis exæquationem: cùmque dari legata codicillis & ab inteſtato poſſint, conſentaneum eſt, poſſe etiam ipſo jure ſimiliter adimi; eoque jure utimur.

TEXTUS.

De Translatione.

2. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium poteſt; veluti ſi quis ita dixerit,* Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego: *ſive in eodem teſtamento, ſive codicillis id fecerit: quo caſu ſimul & Titio adimi videtur, & Sejo dari.*

NOTÆ.

1. *Quem Titio legavi, Sejo do, lego*] Hic ex ipſa conceptione perſpicuè apparet, Titio adimi, quod ei legatum erat, & Sejo dari, *l. 5. eod.* Diverſa formula eſt; *Titio hominem Stichum do, lego; Sejo eumdem do, lego*: hoc enim modo eadem res duobus disjunctim legatur, *§. 8. in præc.*

COMMENTARIUS.

A*B alio ad alium*] Ex Cajo *l. 5. hoc tit.* Poteſt verò & aliis modis translatio fieri. Paulus *l. eod.* quatuor modos commemorat. *Aut enim*, inquit, *à perſona in perſonam transfertur*; ad quem modus pertinet ſpecies hic propoſita: *aut ab eo, qui dare juſſus eſt, transfertur, ut alius det; aut cum res pro re datur, pro fundo decem aurei: aut quod purè datum eſt, transfertur ſub conditione.* Adjiciatur & quintus, cum quod priùs ſub conditione datum eſt, deinde purè legatur, *l. non ad e. 89. de cond. & dem.*

Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego] Videtur hæc formula ſimilis eſſe formulæ conjunctionis, quæ re fieri dicitur, cùm disjunctim eadem res duobus legatur; qualis illa, *Titio hominem Stichum do, lego; Sejo eumdem do, lego*, qua nil Titio adimi, ſed Sejus in eādem rem cum Titio vocari intelligitur, *§. ſi eadem tit. præc.* niſi evidenter appareat, adimere teſtatorem voluiſſe, *l. ſi pluribus 33. de legat. 1.* Sed diverſæ omnino ſunt hæ formulæ: & cum quis ita dicit, *Quod Titio, legavi, id Sejo do, lego*; ex ipſa conceptione perſpicuè apparet, Titium & Sejum non conjungi in eamdem rem: ſed adimi Titio, quod ei legatum erat, & Sejo dari. Quam ob cauſam etiamſi perſona legatarii non mutetur, ſed verbi gratia ita teſtator ſcripſerit, licèt ex continenti, *Stichum, quem Titio legavi, hæres meus illi dato, ſi illud aut illud factum erit*; legatum ſub conditione translatum videri reſponſum eſt, eò quòd commemoratione prioris legati poſterius ſcriptũ ſit, *l. non ad ea 89. de cond. & dem.* Obſtare tamẽ videtur, quod ex Juliano Ulpianus & Paulus referunt, in hac ſpecie, *Ex qua parte Sejum inſtitui, ex eadem parte Sempronius hæres eſto*; Sejum & Sempronium conjunctim intelligi inſtitutos, *l. Julianus 15. in pr. de hær. inſt. l. triplici 142. in*

fin. de verb. ſign. Sunt qui in inſtitutione hæredum ſic jus eſſe arbitrantur, in legatis contra; quod ego falſum puto, & diverſas eſſe formulas, *Stichum, quem Titio legavi, Sejo lego; & Stichum, quem Titio legavi, eumdem Sejo lego*: illa enim apertè adimitur Titio, quod Sejo datur: hoc uterque in eamdem rem manifeſtè conjungitur, cùm idem utrique legatur.

TITULUS XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

Dig. Lib. 35. Tit. 2. Lib. 6. Tit. 50. Nov.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

IN diſputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, qua noviſſimè antiqua legandi licentia repreſſa & modus legatorum conſtitutus eſt. Indicatur hic primùm occaſio hujus legis ferendæ: inde ſumma juris lege conſtituti proponitur. Tertiò docetur, quo tempore viſum ſit ſpectari modum patrimonii in ponenda ratione legis. Poſtremò, quæ res ante rationem Falcidiæ deducantur, oſtenditur: & quomodò porrò in reliquo ratio legis ineatur.

TEXTUS.

Continuatio, ratio, & ſumma hujus legis.

Supereſt, ut de lege Falcidia deſpiciamus, qua modus noviſſimè legatis impoſitus eſt. Cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi poteſtas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare, quippe cùm ea lege ita cautum eſſet, Uti quiſque legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto: *viſum eſt hanc legandi licentiam coarctare: idque ipſorum teſtatorum gratia proviſum eſt, ob id quod plerumque inteſtati moriebantur, recuſantibus ſcriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et cum ſuper hoc tam lex Furia, quàm lex Voconia latæ ſunt, quarum neutra ſufficiens ad rei conſummationem videbatur, noviſſimè lata eſt lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quàm dodrantem totorum bonorum: id eſt, ut ſive unus heres inſtitutus ſit, ſive plures apud eum eoſve pars quarta remaneat.*

NOTÆ.

Legaſſit ſuæ rei] Dativus acquiſitivè poſitus, ut & in *l. 120. de verb. ſign.* id eſt, pro commodo & utilitate rei ſuæ, ſuper pecunia, & re ſua, ut verba legis referunt auctor ad Heren. & Ulp. *tit.* 11. §. 13.

Ipſorum teſtatorum gratia] Non ſingulorum; ſed in genere, & quaſi in abſtracto conſideratorum. Nam ſingulorum potiùs hæredum gratia leges hæ latæ, *l. 71. hoc tit.*

Tam lex Furia, quàm Voconia] Quarum illa cavebat, ne ſupra mille aſſes legare liceret. Ulp. *in fragm. pr.* Hæc, ne quis cenſus plus cuiquam legaret, quàm ad hæredem perveniret. Cic. 5. *in Verr.* Th. hic add. Cujac.

Neutra ſufficiens] Quia neutra finem legandi faciebat, & utraque de ſingulis tantùm cavebat legatariis.

Quàm dodrantem] Itaque hac demum lege certis terminis circumſcripta eſt legandi licentia, dum non de ſingulis legatariis, ſed de cunctis cavet, ne ultra dodrantem in legata conſumatur, *l. hoc tit.*

Sive unus, ſive plures] Hoc tamen ſic temperandum eſt, ut procedat, ſi legata ſimpliciter ab omnibus relicta ſint; aliud, ſi unus gravetur nominatim, §. *ſeq.*

COMMENTARIUS.

1 *Occaſio legis hujuſmodi ferendæ.*
2 *Exponuntur verba legis duodecim,* uti legaſſit ſuæ rei.
3 *Quo aſpectu leges Furia, Voconia, Falcidia teſtatorum gratia latæ dicantur.*
4 *Latas eſſe haſce leges hæredum potiſſimùm cauſa, non ſingulorum teſtatorum.*
5 *Quid à quo cautum lege Furia.*
6 *Quid à quo lege Voconia.*
7 *Quando à quo lata lex Falcidia, & quid in ea cautum.*
8 *Ad quæ vel ſtatim, vel ſenſim virtus legis producta.*

L*Ege duodecim tabularum libera erat legandi poteſtas*] Cauſa ſeu potiùs occaſio rogandæ hujus legis. Lege duodecim tabularum licebat teſtatoribus univerſum patrimonium ſuum in legata conſumere, nihil ut hæredi relinqueretur, præter onus, & moleſtiam æris alieni. Sic enim ea lege ſimpliciter cautum erat, uti quiſque legaviſſet, ita uti jus eſſet, *l. verbis 120. de verb. ſign.*

Hac

Digitized by Google

Hæc licentia cùm teſtatores uſi eſſent, eveniebat
plerumque, ut ſuprema eorum judicia deſtitue-
rentur, recuſantibus ſcriptis hæredibus nullo
ſuo aut quàm minimo lucro hæreditatem adire,
atque aliena dumtaxat gratia maximis ſæpè one-
ribus minimèque neceſſariis ſe implicare. Quod
cùm & ipſis teſtatoribus inutile eſſet, & publi-
cè intereſſe exiſtimaretur ſupremas hominum
voluntates conſervari, *l. 5. teſt. quem. aper.* viſum
eſt ex uſu eſſe reſp. hæredes juſto aliquo lucro ad
adeundam hæreditatem invitari, quo ſuprema
morientium judicia retinerentur. Id quod ita
commodè fieri poſſe creditum eſt, ſi libertas illa
legandi intra certum modum ac finem cohibere-
tur, ut cùm non totum patrimonium legatis ex-
hauſtum foret, eſſet aliquid videlicet, quod hæ-
redes ex teſtamento caperent. Quæ res cùm pri-
mùm lege Furia, deinde Voconia tentata eſſet,
tandem lege Falcidia perfecta eſt.

2 *Uti quiſque legaſſit ſuæ rei*] Ita quoque ver-
ba legis duodecim referuntur in *l. verbis*, 120.
de verb. ſign. Legaſſit ſuæ rei dictum pro *ſuper
pecunia & re ſua*: quomodò auctor ad Heren.
lib. 1. & Ulp. in fragm. tit. 11. §. teſtamento 13.
legis verba referunt, quaſi dictum eſſet, pro
commodo & utilitate rei ſuæ, ut ſit dativus
acquiſitivè poſitus, ut loquuntur Grammati-
ci. Illud enim minimè convenit, ut hæc verba
rei ſuæ, non ad verbum *legaſſit*, ſed ad illa, *jus
eſto*, referantur, atque ita legamus, *Uti le-
gaſſit, ita rei ſuæ jus eſto*: quod voluit *Alciat.
add. l. verbis & Baro hic*. Primùm quia verba
illa, *ita jus eſto*, abſolutè ponuntur. Deinde,
quia etſi tranſitum in rem aliam haberent,
tamen nemo ita loqueretur, *ita jus eſto illius
rei*, ſed *de illa re*. Denique non dicimus, ſi
quis quid legaverit, *ita jus eſto de re ſua*, ſed
de re ejus, utentes pro nomine demonſtrativo,
non reciproco; quia legans de ſe priùs locu-
tus non eſt.

Ipſorum teſtatorum gratia] Ait, leges Furiam,
Voconiam, Falcidiam ipſorum teſtatorum gratia
3 latas, ne ſcilicet, ut ſubjicit, voluntas eorum de-
ſtituto teſtamento periret. Fortè etiam hæc ra-
tio fuit, quòd qui ſubſtantiam omnem legatis
erogant, credibile ſit errore ductos id facere, exi-
ſtimantes, plus ſe in bonis habere, quàm ha-
bent, *arg. l. in fraudem, qui & à quib. man.* Quam-
quam autem etiam retenta plena legandi licen-
tia, & ſecundùm eam exhauſto legatis patrimo-
nio, legatarii adhuc facere poſſunt, ut voluntas
ſervetur, quippe qui ne deſerto teſtamento nihil
conſequantur, potiùs cum hærede paciſcentur,
partemque remittent, §. 2. *inf. in fin eod.* tamen
faciliùs hæredem inductum iri, ut hæreditatem
adeat, legumlatores putaverunt, ſi jure ſuo & be-
neficio legis partem aliquam haberet, quàm ſi be-
4 neficio legatariorum. Licet autem hinc intelli-
gere, leges haſce rogatas non eſſe ſingulorum te-
ſtatorum gratia, ſed tantùm in genere & quaſi in
abſtracto teſtatores à latoribus conſideratos, tam-
quam omnes ita affecti ſint, ut malint partem
legatariis detrahi, quàm voluntatem ſuam in
totum perire. Etenim ſingulorum teſtatorum
favore ſi hæ leges introductæ eſſent; licuiſſet
ſingulis, & verbi cauſa Titio teſtatori, huic ſuo
favori renunciare, & teſtamento cavere, ne
hæres aliqua harum legum uteretur: quod
non licuiſſe certum eſt, ſed contra etiam in-
vito teſtatore, contra ſententiam ejus, eo-
que prohibente, vim ſuam illas exercuiſſe,
ut de lege Falcidia expreſsè traditum eſt *l.
quod locis*, 15. §. 1. *& ult. l. Titia* 86. *in
fin. hoc titul.* convenienter capiti ſecundo ejuſ-
dem legis, quo nemini plus legare permitti-
tur, quàm dodrantem bonorum, *l. 1. in pr.
verſ. ſecundo eod.* Hujus rei etiam fortiſſimum
argumentum eſt, quòd placet, in teſtamento
militis legi Falcidiæ locum non eſſe, *l. 7. Cod.
eod. l. 12. Cod. de teſt. mil.* Nam ſi ex volunta-
te teſtatoris induceretur, vel magis valere
deberet in teſtamento militis, utpote cujus
voluntati multò plus, quàm cæterorum tri-
buitur. Illud enim planè à ratione juris noſtri
alienum eſt, quod cum Portio Mynſingerus
tentat, ideò in teſtamento militis ceſſare Fal-
cidiam, quòd hoc ipſo, quod cautum eſt, ne
legi Falcidiæ locus eſſet in teſtamento mili-
tis, cautum quoque intelligatur, ut hæres à
milite inſtitutus, velit, nolit, hæreditatem
adeat, compellente eum, ſi nolit, magiſtra-
tu: & adhuc magis, quod illi magis placet,
dum exiſtimat eum Coraſio, eo, quem miles
hæredem inſtituit, repudiante, proximos qui
ab inteſtato veniunt, legati præſtatione obſtrin-
gi. Et quid ſi illi quoque repudient? Denique
ex eo quoque perſpicuè apparet, Falcidiam non
induci ex voluntate ſingulorum teſtantium,
quòd laudatur hæres, qui ſolida legata præſtat,
quaſi pleniore officio fidei fungens, & apud
quem plus valeat defuncti voluntas, quàm
beneficium legis, *l. 1. & ult. Cod. hoc tit. l. 5.
§. ſi quis* 15. *de don. int. vir. & ux.* Porrò ex
his ſimul intelligimus, latas eſſe ſuperiores leges
in hæredum potiſſimùm gratiam, & nominatim
Falcidiam, de qua ſola nunc quæritur; quod
etiam disertè traditum eſt *in l. poteſt* 71. *hoc tit.*
ac proinde toto cœlo errant, qui aſſerunt, haſce
leges principaliter & potiſſimùm introductas eſ-
ſe teſtatoris cauſa, ſecundum autem à teſtatore
cauſa hæredis, quo in numero etiam D. Hoto-
mannus eſt.

Lex Furia] Primus C. Furius Tribunus plebis
liberam illam legandi poteſtatem coanguſtavit, 5
lege perlata, ne cui ſupra mille aſſes legare lice-
ret, conſtituta quadrupli pœna adversùs eum, qui
plus cepiſſet, *Ulp. tit. 1. & Theoph hic*, qui tamen
non aſſes, ſed *νομίσματα* habet, id eſt, aureos ſeu
ſolidos. Et fortè hæc eadem lex eſt, quam in-
telligit M. Tullius pro Corn. Balb. *Tullit*, in-
quit, *apud majores noſtros legem C. Furius de
teſtamentis*: ſed tantum non auſim hoc certò
affirmare; quia quid ea lege, quam memorat,
cautum fuerit, non exprimit: atque ex ſolo

Digitized by Google

Ulpiano & Theophilo diſcere poſſumus, quin lege Furia teſtamentaria, cujus hic meminit Juſtinianus, cautum, tentatumque ſit coercendæ licentiæ legandi gratia, videlicet, ne legare liceret ultra mille aſſes. Qua quidem re etſi modus aliquis legatis imponitur, finis tamen non ſit legandi: & cùm de ſingulis dumtaxat legatariis lex caveret, facilè evenire poterat, ut uno atque altero, itemque tertio legato hæreditas, præſertim non opulenta, tota abſumeretur, neque hoc modo res ad vetus incommodum recideret.

6 *Lex Voconia*] Cùm uſu omnium rerum magiſtro compertum eſſet, lege Furia ſuperiùs incommodum nequaquam eſſe ſublatum, Q. Voconius tribunus plebis aliud remedium adhibendum eſſe exiſtimavit. Igitur abrogata lege Furia ipſe aliam tulit, ne quis cenſus plus cuiquam legaret, quàm ad hæredem hæredeſve perveniret, ut ex Verrina de prætura urbana intelligitur, ubi duo hujus legis capita memorantur, quorum altero coercitæ mulierum hæreditates, altero cautum (quod etiam Theophilus ſcribit) ne plus haberet legatarius, quàm hæres. Verùm ne hac quidem lege finis legandi factus, cùm & ipſa de ſingulis tantùm caveret legatariis. Quid enim ſi numerus legatariorum tantus ſit, ut in ſingulos ſingulis ſextulis erogatis una quoque tantùm ſextula, & fortè unus aureus hæredi relinquatur? Quis ſpe tantuli lucelli hæreditatem alicujus cernat? Sed & lex illa de eo tantùm cavebat, qui cenſus eſſet: ei verò, qui cenſus non eſſet, licebat per eamdem legem plus legare, quàm ad hæredem perventurum erat, ut ex eodem loco Ciceronis intelligi poteſt.

7 *Lex Falcidia*] Quæ & ipſa plebiſcitum eſt. Lata eſt à Pub. Falcidio tribuno plebis, temporibus Auguſti, C. Domitio Calvino & C. Aſinio Pollione Coss. anno ab urbe condita DCCXIV. teſte Dione *lib.* 48. Hac demum lege certis terminis circumſcripta eſt legandi licentia, dum non de ſingulis legatariis, ſed de cunctis cavet, ne ultra dodrantem in legata conſumatur, *l. 1. hoc tit.* Quare, ut maximè legetur multis, ſemper tamen quadrans totorum bonorum poſt hanc legem latam hæredis lucro cedat neceſſè eſt. Superiores igitur leges etſi modum legatis imponebant, nullum tamen faciebant legandi finem: hæc & modum & finem fecit; quam ob cauſam & ipſa ſola ſuperioribus antiquatis recepta, atque in hoc uſque tempus retenta eſt.

8 *Ne plus legare*] Lex Falcidia nominatim de legatis locuta videtur. Ceterùm & ad alia producta eſt: & ſtatim quidem; ut opinor, interpretatione prudentum ex legis ſententia ad fideicommiſſa ſingularum rerum. Neque enim perſuadere mihi poſſum, id primùm factum Senatuſconſulto Pegaſiano centum demum annis poſt legem latam; quamvis ferè omnes ſic ſentire videam, motos §. *ſed quia* §. *ſeq. tit. verſ. ex ſingulis*. Nam cùm utique hoc lex velit & caveat, ne minus, quàm quarta pars bonorum, hæredibus relinquatur; ut proinde directò ea pars nec auferri, nec minui à teſtatore potuerit, *l. quod bonis* 15. §. 1. *& ult. hoc tit.* quis credat, obliquè id fieri potuiſſe, licitumque fuiſſe tam longo tempore, legis ſententiam circumvenire, patrimonium fideicommiſſis onerando aut exhauriendo? Neque in *d. verſ. ex ſingulis*, expreſſè dicitur, retentionem quartæ partis ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis permiſſam eſſe Senatuſconſulto Pegaſiano; ſed ſimpliciter, permiſſam eſſe, non addito, quo jure permiſſa ſit: quamquam etiam alia iſtius loci interpretatio eſt. Quin etſi Tribonianus expreſſè hoc affirmaret, mihi tamen id ſuſpectum foret. Sanè in libris noſtris promiſcuè, quantum ad hanc rem attinet, de legatis & fideicommiſſis ſingularibus tractatur, *l. 3. l. ſi tacitum* 13. *l. quod bonis* 15. *l. filiusfam.* 18. *& paſſim hoc tit. l. 2. & l. 3 C. eod.* Porrò lex Falcidia producta etiam eſt ad donationes mortis cauſa, idque conſtitutione *l. 5. C. eod. l. 2. C. de don. mort. ca.* Quòd ſi quis dicat, etiam mortis cauſa per donationes fraudem legi fieri potuiſſe, is cogitet, ante hanc conſtitutionem eamdem rationem harum donationum & inter vivos fuiſſe: quippe ſic donata placebat antea in computationem Falcidiæ non venire, propterea quòd vivo teſtatore exibant ex bonis ejus: ſiquidem etiam quod mortis cauſa donabatur, ὡς τὸ πλεῖ ſtatim transferebatur in donationem. Cæterum quoniam revocare hujuſmodi donationem licebat, nec ante plena, ac perfecta cenſebatur, quàm mors inſecuta fuiſſet, *l. non videtur* 32. *de mort. ca. don.* ob hanc cauſam Severo viſum eſt, id etiam quod ita donatum eſt, hactenus in patrimonio computari, ut de eo quarta Falcidiæ nomine detrahi poſſet. At fideicommiſſa omnimodò in bonis relinquuntur, ut demum poſt mortem ab hærede præſtentur. Exemplo donationum mortis cauſa admiſſa etiam eſt Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte confirmantur, *l. in donationibus* 12. *C. hoc tit.* propter fideicommiſſa quoque introducta eſt in inteſtatorum ſucceſſionibus. Quod à Divo Pio factum ſcribit Paulus *in l. filiusfam.* 18. *hoc tit.* Denique vis legis Senatuſconſulto Pegaſiano tracta eſt etiam ad fideicommiſſarias hæreditates, de quo ſeorſum *tit. ſeq.*

Sive unus, ſive plures] Intereſt verò, utrùm legata ſimpliciter ab omnibus hæredibus relicta ſint, an ex pluribus hæredibus ex certis partibus inſtitutis aliqui nominatim gravati: illo enim caſu ſufficit, ut ſolida legata præſtentur, dodrantem hæreditatis ea non excedere: hoc caſu non item; quia ſuæ quiſque partis, ex qua inſtitutus eſt, quadrantem habere debet. De quo §. *ſeq.*

Pars quarta remaneat] Nec ſolùm hæres, ſi poſſidet, quartam partem retinere poteſt, aut errore facti non retentam repetere, *l. 1. §. ſi legatarius* 11. *hoc tit. l. 9. C. eod.* ſed etiam ſi non poſſidet, portionem ſuam à quovis poſſeſſore vendicare, *l. lineam* 26. *eod.* Putat D. Cujacius, à Juſtiniano id primùm conſtitutum eſſe, *l. pen. C. eod.* verùm hoc vel ex

Digitized by Google

eo refellitur, quod placet legata pro rata portione ipſo jure per legem Falcidiam minui, *l. in quantitate 73. §. ult. eod. vid. Ant. Fab. lib. 4. conject. 1. & lib. 6. c. 2.*

TEXTUS.

De pluribus hæredibus.

1. *Et cùm quæſitum eſſet, duobus hæredibus inſtitutis, (veluti Titio & Sejo) ſi Titii pars aut tota exhauſta ſit legatis, quæ nominatim ab eo data ſunt, aut ſupra modum onerata: à Sejo verò aut nulla relicta ſint legata, aut quæ partem ejus dumtaxat in partem diminuant: an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta ſunt, retinere liceat, ut quartam partem ſuæ partis ſalvam habeat: placuit poſſe retinere. Etenim in ſingulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponenda eſt.*

NOTÆ.

1. *Exhauſta, aut ſupra modum onerata*] Per legem Falcidiam delibari hæreditas poteſt; onerari aut exhauriri non poteſt. Cujac.

Placuit poſſe pertinere] Ratio dubitandi, quòd videri poteſt legi ſatisfactum, cùm quarta pars apud alterum maneat illibata.

In ſingulis hæredem] Ratio decidendi *ex l. 77. eod.* Nam cùm lex omnibus & ſingulis hæredibus conſultum velit, apparet legi non ſatisfieri, niſi ſingulis quoque hæredibus ſuæ cujuſque partis quarta intacta ſervetur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum, an in ſpecie hic propoſita falcidiæ locus eſſet: & cur eſſe placuerit.*
2 *Quando in portionibus defectis ratio legis habeatur.*

LEge Falcidia poteſtas facta eſt patrifamilias tantam pecuniam teſtamento dandi, legandi, quantam volet; dum ita detur, legetur, ut ne minus, quàm quartam partem hæreditatis hæredes capiant. In uno hærede inſtituto res expedita eſt: nam ſi is ſolutis legatis quartam totius hæreditatis integram habet, legi ſatisfactum eſt; eaque portione contentus eſſe debet, ſive ſemel ex toto aſſe inſtitutus ſit, ſive ex pluribus partibus ex una purè, ex altera ſub conditione, ex una legatis onerata, ex altera illibata, *l. 1. §. id quod 13. l. in ratione 11. §. pen. hoc tit.* cujus rei ratio peti poteſt ex *l. cum hæres 52. §. 1. de acq. hær.* Manifeſta quoque eſt legis ſententia, ubi plures quidem hæredes, ſed ſine partibus omnes inſtituti ſunt, aut legata ſimpliciter ab omnibus relicta. Sed quæſitum eſt, duobus aut pluribus hæredibus ex certis partibus inſtitutis, ſi unius dumtaxat portio nominatim onerata ſit aut exhauſta, an legi ſatisfactum videri debeat, ſi apud cohæredes pars quarta hæreditatis maneat intacta? Placuit autem, ſatisfactum non videri, idque hac ratione, quòd lex non de uno aliquo hærede caveat, ſed ex æquo omnibus conſultum velit, *l. in ſingulis 77. eod. & hic text. in fin.*

Duobus hæredibus inſtitutis] Teſtator cùm non amplius quàm centum in bonis haberet, duos hæredes, puta Titium & Sejum, utrumque ex ſemiſſe hæredes inſtituit. A Titio quadraginta aut quinquaginta legavit: à Sejo verò nihil, aut minus viginti quinque, ita ut apud Sejum quarta totius hæreditatis pars, vel etiam amplius, atque adeò ſemis integer maneat. Quæritur, an mortuo teſtatore Titius integra quadraginta aut quinqua- 1
ginta, quæ ab eo nominatim relicta ſunt, legatariis ſolvere teneatur, an nihilominus quartam partem ſuæ partis poſſit retinere. Videri poterat legi Falcidiæ ſatisfactum eſſe, cùm quarta pars apud alterum maneat illibata; utique ſatis eſſe ad intentionem legis, hoc eſt, ad ſuſtinendum teſtamentum, ſi vel unus ſuo quadrante contentus hæreditatem adjerit. Placuit tamen in propoſito Titium quartam partem ejus partis, ex qua inſtitutus eſt, retinere poſſe. Quippe legem non ſimpliciter cavere, ut quarta pars hæreditatis ſalva maneat, ſed nominatim ut hæredes quartam partem ex teſtamento capiant. Quibus verbis cùm non uni alicui hæredi tantùm, ſed omnibus & ſingulis conſultum velle intelligatur, apparet legi non ſatisfieri, niſi ſingulis quoque hæredibus ſuæ cujuſque partis quarta pars intacta ſervetur. Et hoc eſt, quod dicitur, in ſingulis hæredibus rationem legis Falcidiæ ponendam eſſe, *l. in ſingulis 77. hoc tit.*

In ſingulis hæredibus ratio legis ponenda] Hoc tamen ita eſt, ſi omnes, qui inſtituti ſunt, hæredes extiterint: nam ſi quidam defecerint, in portionibus defectis non ſemper ſeparatim ratio legis Falcidiæ habetur: ſed aliquando hæ confunduntur cum portionibus aliorum, qui hæredes extiterunt. In quo hæc diſtinctio probata eſt, ut ſi 2
verbi cauſa ex duobus hæredibus inſtitutis alter deficiat, à quo aut nihil, aut parum relictum erat, atque ita hujus portio vel ſubſtitutionis vel accretionis jure ad cohæredem, cujus portio onerata eſt, pervenerit, placeat legatario per deficientem portionem adjuvari, videlicet ut integra legata præſtentur, quæ non præſtarentur, ſi is, qui defecit, hæres extitiſſet. Quòd ſi pars, quæ acceſſit, exhauſta ſit, aut onerata, ejus verò, qui acceſſit, integra aut tantùm delibata, tum perinde in deficientis portione ratio Falcidiæ ponatur, ac ſi ad eum, qui ſuam portionem omiſit, perveniſſet. Extat hæc diſtinctio in *l. quod ſi alterutro 78. hoc tit.* eademque à contrario ſenſu colligi poteſt ex *l. 4. Cod. de fideic.* quamquam variaſſe Juriſconſultos apparet ex *l. 1. §. ſi cohæredis 14. hoc tit.* de cujus §. lectione vide Cujac. 4. *obſ.* 35. Et hanc rationem habere videtur, quod is cujus portio one-

rata eſt, uti ex ſua perſona legata præſtet, & ita ex ſua perſona tantùm Falcidia utitur: qui verò ſuam portionem integram habet, legata præſtet æquum ſit, *argum. l.* 10. *l. qui in jus* 177. *de reg. jur.* Indicatur hæc ratio non obſcurè in *leg. qui fundum* 87. §. *qui filium* 4. *l.* 1. §. *id quod* 15. *hoc tit.* Cæterum in parte onerata, quæ deſecta eſt, ſententia ſuperior ſic accipienda ac temperanda, ſi cohæres deficiens teſtatori ſupervixerit, ut dici poſſit moriente teſtatore fuiſſe inſtitutus. Nam ſi vivo teſtatore deceſſerit, quia iſto modo fit, ut alter ſolus tempore mortis teſtatoris reperiatur inſtitutus, ex ſua parte purè deſecta, quaſi ſub conditione, quæ jam extitit, ſolida leganda præſtanda erunt, ſatiſque tunc eſt, ut legi ſatisfiat, hunc alterum totius aſſis quadrantem conſequi: auctore Juliano in *d. l. qui fundum*, §. 4. nam ut legata in ea ſpecie repetita eſſe dicamus cum Cujacio 4. *obſ.* 35. ratio decidendi, qua Juriſconſultus utitur, non finit; qui etiam diſertè ſententiam ſuam ſic reſtringit, ut dicat, eam tunc procedere, cùm cohæres vivo teſtatore deceſſit. Quod etiam Paulus non obſcurè ſignificat in *dict. l.* 1. §. *id quod* 73. ſic enim ait, legata per oneratam deficientis portionem non augeri, ſi is omiſerit hæreditatem, *add. Don.* 8. *comm.* 23. Cujacius 4. *obſer.* 36. & 15. *obſ.* 14. & 25. *obſ.* 23. *Ant. Faber.* 4. *conj.* 13. & 18. *conj.* 14. & *ſeq.* mirè variant, nec ſibi conſtant. Eſt verò univerſæ ſuperiori diſtinctioni locus in legatis uno eodemque teſtamento relictis; ad ea legata, quæ pater primis tabulis ab impubere, ſecundis à ſubſtituto reliquit, non pertinet: ſiquidem vetus eſt juris regula, *In tabulis patris & filii unam falcidiam ſervari*, *l. in ratione* 11. §. *quod vulgo* 5. & *pen. l. in duplicibus* 79. *d. l. qui fundum* 87. §. *ult. hoc tit.* quaſi legata ſecundis tabulis relicta, primis ſub conditione data videantur.

TEXTUS.

Quo tempore ſpectatur quantitas patrimonii, ad quam ratio L. Falcidiæ redigitur.

2. *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidia redigitur, mortis tempore ſpectatur. Itaque (verbi gratia) ſi is qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodeſt, ſi ante aditam hereditatem per ſervos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex fœtu pecorum, tantum acceſſerit hereditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis, heres quartam partem hereditatis habiturus ſit: ſed neceſſe eſt, ut nihilominùs quarta pars legatis detrahatur. Ex diverſo ſi ſeptuaginta quinque legaverit, & ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, (incendiis fortè, aut naufragiis, aut morte ſervorum) ut non ampliùs quàm ſeptuaginta quinque aureorum ſubſtantia, vel etiam minus relinquatur, ſolida legata debentur. Nec ea res damnoſa eſt heredi, cui liberum eſt non adire hereditatem: quæ res efficit, ut ſit neceſſe legatariis, ne deſtituto teſtamento nihil conſequantur, cum herede in portione paciſci.*

NOTÆ.

2. *Quantitas patrimonii, &c.*] Ex Cajo *leg.* 73. *eod.* Ratio eſt, quoniam hæres quartam ex bonis hæreditariis habere debet, id eſt, iis, quæ tempore mortis cujuſque inveniuntur; ex quo nimirum tempore dies legatorum cedit, *leg. un.* §. 3. *C. de cad. toll.* Atque hinc eſt, quòd neque acceſſione legata augeri, neque deceſſione minui prudentibus placuit, ſed incrementum omne & damnum, quod jacente hæreditate contingit, hæredem ſequi, *d. l.* 73. *l.* 30. *pr. l.* 11. §. 3. *in fin. l.* 56. *pr. eod.* cujus regulæ vitia traduntur, *d. l.* 30. §. 2. & 3.

Solida legata debentur] Nempe ſi damnum circa rem aliam, quàm quæ legata eſt, inciderit. Nam damnum circa rem ipſam ſeu ſpeciem legatam contingens legatarium ſequitur, hæreſque interitu rei legatæ liberatur, §. 16. *ſupr. de legat.* ex jure ſcilicet communi omnium debitorum certæ rei, *leg.* 23. *de verbor. obligat. add. l.* 30. *hoc tit.*

Cui liberum eſt non adire hæreditatem] Neque enim legatarii aut fideicommiſſarii particulares hæredem cogere poſſunt, ut hæreditatem adeat; quod ſolis permiſſum fideicommiſſariis univerſalibus, propterea quòd in hos etiam onera ex Sc. transferuntur, *leg.* 14. §. & *ſeqq. ad Sc. Treb.*

Ne nihil conſequantur [*D. l.* 73. *in fin. pr. hoc t.* Nam deſtituto teſtamento, id eſt, hæreditate ex teſtamento non adita, legata extinguuntur, *l.* 14. *C. de fideic.*

COMMENTARIUS.

1 *Exceptio regulæ hic propoſitæ.*
2 *Ejuſdem regulæ declaratio.*
3 *Hæredem à legatariis cogi non poſſe, ut adeat.*

IN quantitate patrimonii exquirenda circa deductionem Falcidiæ viſum eſt mortis tempus ſpectari; exinde nec acceſſione legata augeri, neque deceſſione minui; ſed incrementum omne & damnum quod jacente hæreditate contingit, hæredem ſequi, *l. in quantitate* 71. *l. quod bonis* 15. §. 3. *in fin. l. cum quo* 56. *pr. hoc tit.* Cujus rei ratio eſt, primùm quoniam hæres quartam partem ex bonis hæreditariis habere debet: at ea propriè ſunt, quæ tempore mortis cujuſque inveniuntur.

Dein-

Digitized by Google

Deinde quia legatorum dies ex tempore mortis teſtatoris cedit, hoc eſt, legata ex eo tempore deberi incipiunt, *l. un. §. 3. C. de cad. toll.* Adde quòd per legem Falcidiam legata ipſo jure minuuntur, *d. l. in quantitate, §. ult.*

Nihil legatariis prodeſt, ſi ante aditam hæreditatem, &c.] Poſtquàm placuit, à morte teſtatoris legata deberi pro eo modo patrimonii, qui tunc fuit, acceſſio ante aditam hæreditatem contingens legatariis prodeſſe non debet, *d. l. in quantitate, d. l. in ratione hoc tit.* Excipiendum tamen hic 1 eſt, ſi quid acceſſerit ratione facti præcedentis aut obligationis à defuncto contractæ: veluti ſi debitoris, qui ſolvendo non erat, facultates poſt mortem creditoris ampliatæ fuerint, aut conditio crediti tunc extiterit: nam iſtis modis placet ex poſtfacto uberiorem videri fuiſſe hæreditatem commodo legatariorum, *l. cumque 56. §. 1. eod.* eamdemque rationem habet, quod reſpõſum eſt, ſi pater, cum quo ex contractu filii de peculio agi poterat, à creditore filii hæres inſtitutus ſit, & legis Falcidiæ ratio ponatur, peculii quantitatem, non quod mortis, ſed quod aditæ hæreditatis tempore fuit, in quadrantem patri imputari, *d. l. cum quo, §. 1. l. ſi creditor 38. eod.* quamvis peculio poſt mortem creditoris deminuto, juxta regulam ſpectetur tempus mortis, neque legatariis id noceat; quaſi nihil interſit, peculium poſt mortem creditoris deminutum ſit, an debitor pauperior factus, *d. l. cum quo, in pr. l. eo tempore 50. §. 1. de pe-* 2 *cul.* Quamobrem quod vulgò dici ſolet, *eamdem rationem eſſe damni & commodi*, id intelligamus locum habere in iis, quæ primùm emergunt & accedunt poſt mortem, veluti ſi quid acceſſerit hæreditati ex fructibus, ex partu ancillarum, aut per ſervos hæreditarios quæſitum: *hoc text. & d. l. in quantitate, d. l. in ratione 30. hoc tit.* non in iis, quibus cauſam dedit præcedens factum teſtatoris. Quinimò hæc, ſi ſubtiliùs res examinetur, non poſt mortem demum accedunt, ſed omnino ad tempus mortis ſunt referenda; quoniam ratione principii & fundamenti jam tum in bonis fuerunt; quemadmodum & ſervi, qui apud hoſtes ſunt, poſt mortem teſtatoris reverſi, quod ad Falcidiam pertinet, locupletiorem faciunt hæreditatem, *l. ſervi 43. eod.* ita fermè & *Bachov. hic*.

In tantum decreverint] *d. l. in ratione 30. d. l. in quantitate.* Sunt verò hæc ſic accipienda, ſi damna circa res alias, quàm quæ legatæ ſunt, inciderint: nam ſi res ipſa legata perierit ſine culpa hæredis, id non hæredi, ſed legatariis nocet, ſecundùm tenorem perpetui juris, quo traditum eſt, omnes debitores qui ſpeciem aliquam, id eſt, rem certam debent, liberari, ſi ea res ante moram ſine facto eorum perierit, *l. ſi ex legati 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred.* Sciamus igitur, tunc periculo hæredis eſſe res hæreditarias, cum res incerta legata eſt, veluti homo in genere, aut quantitas, puta centum aurei, decem modi frumenti. Hic enim etſi res omnes hæreditariæ perierint, dici tamen numquam poteſt rem, quæ legata eſt, periiſſe, *l. 11. C. ſi cert. pet.* eleganter Marcian. *in d. l. in ratione 30. §. 2. & aliquot ſeqq. vid. ſup. §. ſi res 16. de leg.*

Cum hærede in portione paciſci] In fideicommiſſariis hæreditatibus proviſum eſt Senatuſconſulto Pegaſiano, ut ſi ſcriptus hæres nolit adire hæreditatem, juſſu prætoris adeat, & reſtituat. Hoc verò beneficium neque legatariis, neque his, 3 quibus ſingulæ res per fideicommiſſum relictæ ſunt, tributum eſt, *l. ſi quis 17. ſi quis om. ca. teſt. l. nam quod 14. §. non omnis, & 2. ſeq. de Sc. Treb.* quo loco Hermogenianus etiam differentiæ rationem reddit; nimirum nullam habere iniquitatem, quòd fideicommiſſi hæreditatis ſervandi cauſa hæres adire cogatur, poſtquàm Senatuſconſulto Trebelliano cautum eſt, ut omnia onera hæreditatis transferantur in eum, cui ex fideicommiſſo hæreditas reſtituta eſt, *l. 4. eod. tit.* legati verò aut fideicommiſſi particularis cauſa hæredem compelli adire hæreditatem æquum non eſſe; propterea quòd in hos onera hæreditaria transferri non poſſunt; neque admittendum eſt, ut quis alieni dumtaxat emolumenti cauſa ſe æri alieno & litibus, vexationibus, aliiſque moleſtiis implicare cogatur. Proinde hoc ſolum relinquitur, ut legatarii cum hærede in portionem paciſcantur; quod illi facilè facturi ſunt, & potiùs aliquid remiſſuri, quàm ut patiantur teſtamentum deſtitui, totumque, quod legatum eſt, ſibi petere, *d. l. in quantitate, in fin. pr.*

TEXTUS.

Quæ detrahuntur ante Falcidiam.

3. *Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impenſa, & pretia ſervorum manumiſſorum tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres verò partes inter legatarios diſtribuantur, pro rata ſcilicet portione ejus; quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque ſi fingamus, quadringentos aureos legatos eſſe, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum eſſe, quarta pars legatariis debet detrahi. Quòd ſi trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quòd ſi quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum eſt, quod extra bonorum quantitatem eſt, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.*

NOTÆ.

3. *Deducitur æs alienum*] *l. 6. C. eod.* Id eſt, omne, cujus præſtandi neceſſitate defunctus obſtrictus fuit, *l. 54. D. eod.* Nam Falcidia detrahitur ex bonis: bona autem non intelliguntur, niſi quæ deducto ære alieno ſuperſunt, *l. 39. §. 1. de verb. ſign.*

Si fingamus quadringentos] *l. 73. §. ult. hoc tit.* Legata ad contributionem dodrantis pro rata ſuæ cujuſque quantitatis revocantur, *l. 2. l. 6. §. 2. C. eod.* Not. Falcidiæ locum non eſſe in teſtamento militis, *l. 7. Cod. eod.* ex novo jure nec in legato in pios uſus relicto, *Nov. 13. cap. 12. auth. ſimiliter, Cod. eod.* nec in ea re; quæ ita relicta, ne alienetur *auth. ſed & ea. Cod. eod.* nec cum hæres inventarium facere neglexit, *l. ult. §. pen. C. de jur. del.* nec cum teſtator expreſſè prohibuit hæredem beneficio legis uti, *Nov. 1. cap. 2. auth. ſed cum teſtator, C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *In bonis defuncti quæ numerentur, cum de lege Falcidia quæſtio eſt.*
2 *An hæres, quod ſibi à defuncto debetur, deducat; & quid ſi rogatus, ne id legatariis imputet.*
3 *Quibus caſibus lex Falcidia ceſſet.*

1 ANtequàm ſumma conſtituatur, unde quarta Falcidiæ deducenda ſit, neceſſè eſt exquiratur, quid in patrimonio defuncti ſit habendum ex eo enim quartam hæres habere debet. Patrimonium cujuſque dicimus, cujus facultates aut ſubſtantiam, ſive quod quiſque in bonis habet, *l. nam quod 14. §. ult. l. cogi 16. ad Senatuſconſultum Treb.* Bona cujuſque intelliguntur, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, *l. ſubſignatum 39. §. 1. de verb. ſign.* Nimirum ergo in bonis ſeu patrimonio defuncti ſciamus non numerari omnia, quæ cùm moreretur, habuit, ſed id ſolum, quod hæreditariis oneribus deducti ſupereſt. Cujuſmodi onera ſunt, æs alienum hæreditarium, funeris impenſæ, & pretia ſervorum manumiſſorum, quæ omnia idcirco in ponenda ratione legis Falcidiæ deduci placuit, uti hoc loco docetur. Cætera, quæ appellatione bonorum continentur, in patrimonii quantitate eſſe intelliguntur, ſi modò ejus naturæ ſint, ut & ad hæredes certò manſuræ tranſeant, (nam contra eſt, ſi vel non tranſeant, ut actio injuriarum, uſusfructus, *l. 33. hoc tit.* vel ita tranſeant, ut non ſint manſuræ Exempl. *in l. 11. §. 1. & 2. l. ſtatu liber. 38. eod.*) & ex iis hæres aliquid commodi percipere potuerit. Non enim computatur nomen inane, quod tantùm ex eventu hæreditatem auget, *l. Neſennius 22. §. pen. l. cum quo 56. §. eod.* neque debitum naturale nondum ſolutum, *l. 1. §. id quod 15. eod.*

Æs alienum] Primum in hanc deductionem venit æs alienum, id eſt, id omne cujus præſtandi neceſſitate defunctus obſtrictus fuit, *l. pater 54. hoc tit.* Sed & hæredi æs alieni loco habetur, ſi quid eſt, cujus præſtandi cauſa mortuo teſtatore antè aditam hæreditatem nata eſt, tamquam contractum ab hæreditate, *l. æris 39. eod.* Illud quæſi- 2
tum circa hanc deductionem, an etiam hæres quod ſibi à defuncto debetur, detrahere poſſit Subtilitas rationis facere videtur, ne poſſit. quippe cùm aditione hæreditatis confundatur obligatio, atque ita fiat, ut quod prius ei debebatur, deberi deſinat, *l. ſicut 75. l. Stichum 95. §. 2. de ſolut.* Sed nihilominus placuit deduci poſſe, *l. 6. Cod. hoc tit.* idque ob hanc procul dubio cauſam, quoniam in ratione legis Falcidiæ, cum de æſtimatione patrimonii agitur, mortis tempus ſpectatur, quo tempore nondum eſt ulla actionum confuſio. Hodie hoc amplius à Juſtiniano tributum hæredi, qui inventarium confecit, ut nec adita hæreditate actiones ejus confundantur, ſed ut ſimilem cum creditoribus extraneis formam habeat, *l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib.* Quid ſi hæres rogatus ſit, ne creditum legatariis imputet? Ratione doli mali exceptionis apud arbitrum Falcidiæ voluntas defuncti ſervabatur, *l. ſi debitor 12. hoc tit.* ſicut debito ſini quadrantis compenſato, ſuperfluum æris alieni tantum dodranti detrahatur, *l. quod bonis 15. §. cum fideicommiſſum 4. eod.* Exemplum eſto. Quadraginta ſunt in bonis: hæredi debita ducenta: legata trecenta. Hæres compenſabit eum quadrante centum; reliqua centum de dodrante detrahet. Hodie de hoc ſupervacuè quæritur: quoniam Falcidiæ detractio nominatim vetari poteſt. *Nov. 1. cap. 2.*

Impenſa funeris] Ea eſt, quæ fit cauſa funeris, hoc eſt, ut funus ducatur, mortuus efferatur & ſepeliatur, & ſine qua neque funus duci, neque mortuus ſepeliri honeſtè potuiſſet. Quare etiam id, quod erogatum eſt in locum, in quem mortuus infertur, funeris cauſa impenſum videri debet, *l. & ſi quis 14. §. funeris 3. de rel. & ſumpt. fun. l. 1. in fin. cum l. ſeq. hoc tit.* Hæc autem impenſa ſemper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum ſolet præcedere, cum bona ſolvendo non ſunt, *l. pen. de relig. & ſumpt. fun.*

Pretia ſervorum manumiſſorum] Nec tantùm eorum, qui teſtatoris proprii fuerunt, verùm etiam quos hæredes, cùm alieni eſſent, redimere & manumittere rogatus eſt, *l. ejus 37. 1. eod.* Aliarum quoque impenſarum, quæ modo hæreditatis ſuſcipiendæ cauſa factæ ſunt, deductionem permiſit Juſtinianus, *l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib.* Quæ ſequuntur, interpretem non deſi- 3
derant. Illud ſciendum eſt beneficium legis Falcidiæ non eſſe perpetuum. Et jam olim etiam ceſſabat in teſtamento militis, *l. 7. C. hoc tit. l. 12. C. de teſt. mil.* item in dote mulieri legata; propterea quod ſuam rem mulier recipere videtur, *l. ſed uſusfructus 81. §. 1. hoc tit.* in commodo tamen præſentationis legi patuiſſe locum non dubito, *arg. l. 2. in pr. de dot. præl. l. 1. §. ſi quis 10. hoc tit.* Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur, *l. ſi ſervus 33. eod. l. 8. §. quarta 9. de inoff. teſt.* Hodie ceſſare creditur in legato in pios uſus relicto, per *auth. ſimiliter, Cod. hoc tit.*

quam-

quamquam *in Nov.*131.*c.*11. unde *d. auth.* ſumpta eſt, hoc indicatur abſolutè, & contra ſæpè judicatum, *Sand. lib.*4. *tit.*7. *defin.* 10. *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.*320. *in fin. Fachin.*5. *contr.*17. ſi teſtator rem legatam vetuerit alienari, *Nov.* 119. *cap.* 11. *unde auth. ſed & ca. C. hoc tit.* in univerſum ſi prohibuerit expreſsè, hæredem Falcidia uti, *Nov.* 1. *c.* 2. *auth. ſed cum teſtator. C. hoc tit.* item ſi hæres inventarium facere neglexerit, *l. ult. Cod. de jur. delib.* Indignus etiam olim beneficio legis Falcidiæ viſus eſt, qui id egerat, ut fideicommiſſum intercideret: & qui non capienti rogatus erat reſtituere, per Senatuſconſultum Plancianum quartam retinere non poterat, *l. beneficio* 59. *pr.* & §. 1. *hoc tit.* Poſtremò qui ſciens aut errore juris totum legatum ſolvit, nullam quartæ nomine condictionem habet, *l.* 9. *Cod. hoc tit.* Circa detractionem Falcidiæ nihil apud nos ſervatur, alienum à jure Romano, *vid. Grot.* 2. *manuduct.* 22. *Gudelin. lib.* 2. *cap.* 11.

Titulus XXIII.

De Fideicommissariis Hæreditatibus.

*Dig. Lib.*36. *tit.*1. *C. Lib.*6. *tit.*42. & 49. *Novell.*39. 108.

Ratio ordinis: tum quid ſit fideicommiſſum.

Supra titulo de legatis §. 3. promiſit Imperator, ſe ſeparatim de jure legatorum & fideicommiſſorum tractaturum, ne ſcilicet permiſta utriuſque juris tractatio rem ipſam redderet difficiliorem aut magis laborioſam. Expoſito igitur jure legatorum, quæ ratione obligationis & tempore & jure antiquiora ſunt fideicommiſſis, ſupereſt nunc, ut de fideicommiſſis inſtituatur diſputatio; quod alterum eſt partitionis ante poſitæ membrum. *Fideicommiſſum eſt*, auctore *Ulp. in fram tit.* 25. *quod non civilibus verbis, ſed precativè relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiſcitur, ſed ex voluntate datur relinquentis.* Igitur ſic rectè definiveris: *Fideicommiſſum eſt id omne, de quo quis ſuprema defuncti voluntate rogatus eſt, ut dares vel faceres.*

Textus.

Continuatio.

Nunc transeamus ad fideicommiſſa. Sed prius eſt, ut de hæreditatibus fideicommiſſariis videamus.

Notæ.

Fideicommiſſa] Fideicommiſſum eſt, quod non civilibus verbis, ſed precativè relinquitur. Ulp. *tit.*25. Legatum autem relinquitur legis modo, id eſt, imperativè, *dato, capito, ſumito, damnas eſto dare*. Idem *tit.*24.

Hæreditatibus fideicommiſſariis] Fideicommiſſum aut univerſale eſt, quo hæreditas aut pars hæreditatis relinquitur; aut particulare ſeu potiùs ſingulare, quo relinquuntur res ſingulæ, *tit. ſeq.*

Commentarius.

1 *Fideicommiſſi diviſio, & ſumma eorum, quæ hic explicantur.*

2 *Cur priùs de fideicommiſſis hæreditatis, quàm ſingularum rerum agatur.*

Fideicommiſſum vel univerſale eſt, aut parti-
culare ſeu potiùs ſingulare. Univerſale, quod
hæreditatem vel totam vel partem ejus con-
tinet. Particulare, quo non hæreditas aut pars 1
hæreditatis, ſed res ſingulæ relinquuntur; quod
proinde rectiùs dixeris, ſingulare, aut ſpecia-
le. De fideicommiſſis rerum ſingularum agitur
proximè: de univerſalibus ſive fideicommiſſa-
riis hæreditatibus hoc præſenti titulo: in quo
Juſtinianus oſtenſa priùs communi fideicom-
miſſorum origine & incremento, diſſerit de
forma relinquendi fideicommiſſum hæreditatis
ab hærede ſcripto, deque reſtitutæ hæreditatis
effectu; tum de Senatuſconſultis Trebelliano
& Pegaſiano, ac mox de Pegaſiani in Trebel-
lianum transfuſione, inde docet, qui reſtituere
rogari poſſint. Ad extremum aliquid de ſuo ad-
ſpergit: ad probationem fideicommiſſi in genere
pertinens.

Prius eſt] Quemadmodum priùs egit de hæ-
redibus inſtituendis & deferenda teſtamento hæ- 2
reditate, quàm de legatis teſtamento dandis, ac-
quiſitionem univerſitatis, ut digniorem, præpo-
nens acquiſitioni rerum ſingularum; ita etiam hic
priùs agere voluit de fideicommiſſis univerſali-
bus, quæ vi & effectu idem ſunt, quòd hæreditas
poſteá de fideicommiſſis ſingularibus, quæ reſ-
pondent legatis; de quibus alioqui priùs dicen-
dum fuerat juxta §. 3. *de legat.* Nam uti quoque
monuimus in explicatione *d.* §. 3. exæquatio le-
gatorum & fideicommiſſorum, de qua illic agi-
tur, ad fideicommiſſariam hæreditatem minimè
pertinet; quoniam fideicommiſſarius reſtituta
hæreditate hæredis loco habetur; ſed ad ſpecia-
lia fideicommiſſa dumtaxat. Poteſt & hæc ratio
dari, quòd cùm antequàm de legatis diſſereret,
egerit de deferenda directò hæreditate tum hæ-
redem inſtituendo tum ſubſtituendo, rectè quo-

que

Digitized by Google

que nunc atque ordine faciat, quòd antequàm diſputet de fideicommiſſis rerum ſingularum, doceat quomodo hæreditas deferatur indirectò atque obliquè, ſive quomodò per fideicommiſſum hæredes ſubſtituantur. Vide quæ notavimus ſub § *ult. per quas perſ. cuique acq.* & ad *rubr. de vulg. ſubſt.*

TEXTUS.

Origo fideicommiſſorum.

1 *Sciendum itaque eſt, omnia fideicommiſſa primis temporibus infirma fuiſſe: quia nemo invitus cogebatur præſtare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hæreditatem vel legata relinquere, ſi relinquebant, fideicommittebant eorum, qui capere ex teſtamento poterant. Et ideò fideicommiſſa appellata ſunt, quia nullo vinculo juris, ſed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Poſteà divus Auguſtus primus, ſemel iterumque gratia perſonarum motus, vel quia per ipſius ſalutem rogatus quis diceretur, aut ob inſignem quorumdam perfidiam, juſſit conſulibus auctoritatem ſuam interponere. Quod quia juſtum videbatur & populare erat, paulatim converſum eſt in aſſiduam juriſdictionem tantuſque eorum favor factus eſt, ut paulatim etiam prætor crearetur, qui de fideicommiſſis jus diceret, quem fideicommiſſarium appellabant.*

NOTÆ.

1 *Quibus non poterant hæreditatem*] Quales proſcripti, &c. deportati, &c. Exemplum habes apud Cic. *lib. 1. in Verr.* & ex parte, orbi, cælibes, Ulp. *tit. 22. §. 2. & tit. 15. cum ſeqq.* item fœminæ ex lege Voconia. Hujus generis exempl. apud eumdem 2. *de finib.*

Qui capere poterant] Cùm hæres clam fidem accomodat, ut incapaci reſtituat, id fideicommiſſum tacitum dicitur, *l. 103. de l. 1.* Gloſſ. Baſil. *tacitum*, ἐγγράφως ἢ διὰ τῆς διαθήκης, domeſtica cautione vel chirographo promiſſum, *l. 103. de leg. 1. l. 10. de his quæ ut indign.* Hodie vim legis eludere prohibitum, nec aliis tacitè relinqui poteſt, quàm qui palam relictum capere poſſunt, *l. 1. C. de delat. l. 10.* Ulp. *tit. 25 §. 6. & 15. à l. 103. & d. l. 10.*

Sed tantum pudore] Fide, religione, probitate. Id enim, qui tum pudor erat hominum, videbatur vinculum ſatis validum implendæ voluntatis defuncti.

Per ipſius ſalutem] Antiquiſſimum genus juris jurandi aut potiùs aſſeverationis vehementioris etiam ſanctis viris uſurpatum Gen. cap. 42. 15. μὰ τὴν ὑγίειαν Φαραὼ, *Per ſalutem Pharaonis.*

Et populare] Th. χάριν τῷ δήμῳ. Plin. *Paneg. Non quia populare gratumque audientibus.*

In aſſiduam juriſdictionem] Ita tamen, ut extra ordinem ipſi magiſtratus de fideicommiſſis cognoſcerent, non more uſitato formulam & judicem darent. Ulp. *tit. 25.* §. 10. *l. 178. §. 2. de verb. ſign.*

Prætor proprius] Claudius duos creavit, Svet. in *Claud. c. 23.* ex quibus unum Titus detraxit, *l. 2. §. 31. de orig. jur.* Cæterùm prætor ad certam ſummam cognoſcebat. De majore conſules jus dicebant. Quint. *lib. 3. c. 6.* unde lucem accipit Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

1 *Ante D. Auguſti tempora fideicommiſſa vim obligandi non habuiſſe: notato Mynſ.*
2 *Genera incapacium, & in his gratificandis fideicommiſſorum uſus.*
3 *Lege Voconia mulieres hæredes inſtitui non potuiſſe.*
4 *Accurata in hoc legis caput acquiſitio.*
5 *Legem iſtam poſtea in deſuetudinem abiiſſe.*
6 *De fideicommiſſis extra ordinem jus dici ſolitum, & quorum ea juriſdictio, n. 8.*
7 *Quod in l. 1. junct. l. 2. C. comm. de leg. diſponitur, non pertinere ad fideicommiſſa univerſalia.*

P*Rimis temporibus infirma*] Olim ante D. Auguſti tempora fideicommiſſa nullam vim obligandi habebant, ſed eorum præſtatio fide, re- 1
ligione, ac probitate pendebat ejus, qui rogatus erat. Nam quemadmodum quod precariò alicui utendum conceditur, totum pendet à liberalitate & voluntate ejus, qui conceſſit, ſine ulla neceſſitate obligationis *l. 1. & 2. de precar.* ita nec ex precibus teſtatoris quemquam invitum obſtringi debere exiſtimabant, non magis quàm ex commendatione, *l. 11. §. 1. de legat. 3.* Nam quod poteſtati & arbitrio alicujus relinquitur, cujuſmodi eſt quod rogatur, non inducit obligationem, *l. in venditoris 13. C. de contr. empt.* Mynſingerus *primis temporibus* ſic interpretatur, ante legem duodecim tabularum, ſuaviſſimo utens argumento, quod utique ſub Numa Pompilio fideicommiſſa viguiſſe veriſimile ſit, utpote ſub quo rege vel maxima vis fidei fuerit. Quæ inſignis eſt ἀνιστορία. Sic enim ille diſſerit, ut videatur exiſtimaſſe, jam ante urbem conditam decemviros legem tuliſſe, aut poſt legem latam regna ſſe Pompilium.

Qui capere ex teſtamento poterant] Duplex olim uſus fideicommiſſorum fuit: unus in morientibus in peregrinatione, ubi ſæpè eveniebat, ut teſtamentum facere non poſſent propter penuriam teſtium civium Romanorum; quæ res etiam uſum

codi-

Digitized by Google

codicillorum invexit, *inſ. de codic. in pr.* alter
in gratificandis incapacibus; cùm ſcilicet hæres
clam fidem accommodabat, ut incapaci reſtitue-
ret. Quòd fideicommiſſum tacitum dicitur, *leg.*
103. *de legat.* 1. *Gloſſ. Baſſ. Tacitum*, σιγηρὸν ὃ ἔξω
τῆς διαθήκης, domeſtica cautione vel chirogra-
2 pho promiſſum, *d. l.* 103. *l.* 10. *de his quæ ut indi-
gn.* Incapacium autem olim duo fuere genera:
unum eorum, qui conditione perſonæ capere
non poterant, quo in numero erant proſcripti,
deportati, item dedititii & Latini Juniani, om-
neſque qui cives Romani non erant: alterum eo-
rum, qui cives erant, ſed propria & civili ratio-
ne aut nihil, aut non ſolidum, aut non ex om-
nium teſtamentis poterant capere; quales ex le-
ge Voconia virgines, mulieres; ex lege Julia de
maritandis ordinibus, cœlibes, orbi. Quæ dili-
gentiùs executus ſum in explicatione principii
ti. de hær, inſt. Exemplum fideicommiſſi prioris ge-
neris incapacibus relicti in proſcripto habemus
apud Ciceronem *lib.* 1. *in Verr.* qui de prætura ur-
bana dicitur, ubi de P. Trebonii teſtamento com-
memorat, qui cùm Aulum fratrem proſcriptum
haberet, ſcripſit ut hæredes jurarent, ſe curaturos
ut ex ſua cujuſque parte nec minus dimidia ad
fratrem proſcriptum perveniret. Alterius generis
apud eumdem *l.* 2. *de finib.* ubi refert, P. Sextilium
Rufum rogatum à Qu. Fabio Gallo, ut omnis hæ-
reditas ad filiam perveniret, eamque rem Ru-
fum ad amicos detuliſſe. Idem *eod. lib.* memoran-
dum fieri exemplum narrat de Sex. Peduceo, qui
rogatus hæreditatem reſtituere uxori teſtatoris,
cùm ſciret nemo eum rogatum eſſe, ultro ad mu-
lierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum
expoſuit, hæreditatemque reddidit. Oſtendunt
hæc exempla, lege Voconia mulieres hæredes in-
ſtitui non potuiſſe, non uxorem à marito, non fi-
liam à patre. Atque hinc porrò hoc quoque cer-
rò colligitur, nec ad partis legitimam hæredita-
3 tem filias à lege admiſſas fuiſſe, multòque minùs
conſanguineas ad ſucceſſionem fratrum: ac pro-
inde quod Paulus *l.* 4. *ſent.* 8. de rogatione Voco-
nia ſcribit eſſe ἀνάφερμα μνημονικὸν, quod pluribus
confirmamus *inf. tit. de leg. agn. ſucc.* § 3. Multo-
rum lex Voconia ſcriptis celebrata eſt. Meminere-
runt Cic. *dd. loc.* & in orat. *pro Corn. Bald.* Livius
lib. 41. [in epitome Flori mendoſè legitur *Volum-
nius* pro *Voconius*] *Quintil. declam.* 264. *Dio lib.* 56.
Gell. lib. 17. *cap.* 6. & *lib.* 20. *cap.* 1. *Aſcon. Pedian.
in orat. de pr. urban. Auguſtin. lib.* 3. *de civ. Dei,
cap.* 21. Latam eſſe eodem loco ſcribit Auguſti-
nus inter ſecundum, & poſtremum bellum
Punicum, quod verum eſſe liquet ex eo, quòd
apud Ciceronem *lib. de ſenect.* M. Cato gloriatur
ſe eam legem ſuaſiſſe, *cùm jam natus eſſet annos*
LXX. ſic enim legendum arbitror, non ut vulgò
legitur, v. & LX. *annos*. Lata enim eſt, ut eodem
loco indicatur, Q. Marcio Philippo iterum &
Cn. Servilio Cæpione Coſſ. quorum conſulatus
incidit in annum ab urbe condita 585. qui eſt à
conſulatu M. Catonis & L. Valerii Flacci 26. ut
patet ex chronologia rer. Rom. Ubbonis Emmii.
Legis duo fuere capita, forte etiam plura, quæ ig-
noramus. Nam infinitam legandi licentiam
lege 12. tabularum conceſſam, exemplo legis Fu-
riæ, coercuit, ut *tit. præc.* demonſtratum eſt;
& quod præcipuum eſt, ſanxit, ne quis virginem
neve mulierem hæredem faceret, auctore Cice-
rone *d. lib.* 1. *in Verr.* Floro *dict. epitom.* ac ne fi-
liam quidem, teſtibus *Aſcon. d. lo.* & *Auguſtino
d. l.* 3. *cap.* 21. Utrùm autem ſimpliciter & à tota
ſucceſſione mulieres remotæ fuerint, an partem
aliquā ſaltem per legem adhuc capere potuerint, 4
incertum eſt. Et filias quidem certè non in totum
excluſas fuiſſe, oſtendit locus Ciceronis 2. *de fi-
nib.* ubi ait amicos Sextilii, quem rogatum ſcri-
bit hæreditatem reſtituere filiæ teſtatoris, cenſuiſ-
ſe non plus filiæ dandum, quàm poſſet ad eam
lege Voconia pervenire. Lucium quoque Lentu-
lum temporibus Auguſti, cùm adhuc vigeret lex
Voconia, filiam ſuam ex parte hæredem ſcripſiſſe,
intelligere licet ex *princ. inf. de codicill.* Dio verò
lib. 56. de fœminis in univerſum refert, eas lege
Voconia prohibitas κληρονομεῖν ὑπὲρ δύο καὶ ἥμισυ
μυριάδας οὐσίας, *ſupra* 25. *millia ſubſtantia*. E-
go, utut ad filias aliquid lege pervenire potuerit,
non puto tamen quod Dio ſcribit, ipſa lege Vo-
conia cautum fuiſſe, argumento eorum, quæ ex
Cicerone, Aſcon. Floro, Auguſtino protuli-
mus: ſed poſtea legem, ut nimis rigidam, ita
mitigatam, ut ſaltem partem aliquam mulieri-
bus capere liceret, idque Dionem ſic accepiſſe
quaſi cautum à Voconio legis auctore, ut alias
fieri ſolet. Illud tamen parum adhuc conſtat,
quantam partem poſtea mulieribus percipere
permiſſum. Quintilianus *d. decl.* ait, *lege Voconia
cautum, ut ne mulieri plus quàm ſemiſſem relinque-
re liceret*: ſed hoc, ut in ſcholaſticis exercitatio-
nibus ferè fit, à Quintiliano confictum eſſe exiſti-
mo cum Cujacio. Ipſe autem Cujacius putat, le-
ge cautum, *ne ne quis cenſus mulierem hæredem fa-
ceret ultra quadrantem*, accommodans eò locum
Dionis, quem accipit de 25. millibus ſeſtertium;
quippè quæ fuerit quarta pars bonorum ejus, qui
cenſus dicebatur, nempe, qui centum millia ſe-
ſtertium poſſidebat, quod Aſconius prodidit in
d. lib. 1. *in Ver.* nam vetus ratio poſtea valdè mu-
tata fuit, auctiſque civium opibus ſeſtertii in lo-
cum aſſium ſurrogari videntur: ſiquidem initio,
ut ex Livio & Dionyſ. Halicarn. conſtat, maxi-
mus cenſus erat centum millium æris ſeu aſ-
ſium; quam ſummam æquant 25. mille ſeſter-
tii, quippè quorum ſinguli quatuor aſſibus po-
ſtea æſtimati ſunt. Bachovius cenſet, locum Dio-
nis rectiùs accipi de 25. mille aſſibus, qui cenſus
initio quartæ claſſis fuit, & quarta cenſus maxi-
mi pars. Interpres Dionis vertit, centum mil-
lia nummum: ſed ille haud dubiè nummum pro
aſſe accepit, quamvis perperam: ſeſtertium e-
nim nummum, non aſſem, dicimus. Utut ſit,
illud conſtat, licèt fideicommiſſum aliquod con-
tra legem Voconiam aut ſimilem relictum fuiſſet,
ac proinde hæres nulla neceſſitate obſtringeretur
ad illud præſtandum; veteres tamen exiſtimaſſe,
contra

contra officium boni viri hæredem facere, fidem-
que violare, qui voluntati teſtatoris non pareret,
ut perſpicuum eſt ex eo, quod de Sext. Peduceo
commemoravimus ex *lib. 2. de finib.* & quod Ci-
cero eodem loco refert de Sextilio rogato om-
nem hæreditatem reſtituere filiæ teſtatoris: *Te-
nuit*, inquit, *Sextilius permagnam hæreditatem*,
unde ſi ſecutus eſſet eorum ſententiam, qui hone-
5 *ſta & recta emolumentis omnibus & commodis ante
ponerent, ne nummum quidem attigiſſet.* Notatur
& à Val. Maximo avaritia Corneliæ, quòd fidei-
commiſſa prædia filio Q: Pompejo publica quæ-
ſtione proſtrato non redderet, *lib. 2. c. 4. in fin.*
Ex libris noſtris manifeſtum eſt, legem Voco-
niam poſtea planè in deſuetudinem abiiſſe, & jam
tum ſua ætate obliteratam fuiſſe teſtatur Gellius
lib. 20. c. 1. Eo verò jure, quod poſt ſecutum eſt,
nec licitum hæredi fuiſſe videtur, hæreditatem
incapaci reſtituere: argumento eſt, quod favore
fiſci conſtitutum fuit, ut ſi hæres hujuſmodi fi-
deicommiſſo tacitè fidem ſuam accommodaſſet,
hæreditas ei auferretur & vendicaretur fiſco, *leg.
1. leg. 3. de jur. fiſc.* Ad fiſcum quoque pertinuiſſe
fideicommiſſum deportato relictum, conſtat ex
leg. 7. de legat. 3. Denique Ulp. *tit. 25. §. fideicom-
miſſa 5.* cùm generaliter definiviſſet, fideicom-
miſſum non aliis dari poſſe, quàm quibus le-
gari poteſt, ſolos mox excipit Latinos Junia-
nos.

Gratia perſonarum motus] Igitur Auguſtus
non confirmavit fideicommiſſa certa & perpetua
legè: ſed cùm unum atque alterum fideicommiſ-
ſum confirmaſſet ob cauſas, quæ hic memoran-
tur, conſules demum auctoritatem ſuam inter-
ponere juſſit, id eſt, conſulibus cognitionem de
fideicommiſſis ſingulis annis aut in ſingulis nego-
tiis mandavit. Ait, *gratia perſonarum*. Ipſe Au-
guſtus relictum à ſe fideicommiſſum L. Lentuli
gratia, qui rogaverat, præſtitit, *inf. de codic. in
pr.* Potuit & eorum gratia moveri, quibus fidei-
commiſſum relictum dicebatur, puta perſonæ
ſanguine aliave neceſſitudine defuncto conjun-
ctæ, aut ſingulari conditione aliiſve raris animi
dotibus præditæ.

Per ipſius ſalutem] Antiquiſſimum genus ju-
risjurandi, aut potiùs vehementioris aſſeveratio-
nis etiam ſanctis viris uſurpatum, *Geneſ. cap. 42.
15.* μὰ τ ὑγείαν Φαραώ, Per ſalutem Pharao-
nis.

In aſſiduam juriſdictionem] Ut jam non am-
pliùs cognitio de fideicommiſſis ſpeciatim in ſin-
gulis negotiis aut quotannis magiſtratibus mãda-
6 retur, ſed ut perpetuò vi & poteſtate magiſtra-
tus ſui de fideicommiſſis omnibus jus dicerent;
quamquam extra ordinem, ut ſcilicet ipſi magi-
ſtratus cognoſcerent, non more judiciorum uſi-
tato formulam & judicem darent, Ulp. *tit. 25. §.
10.* unde fideicommiſſi perſecutio extraordinaria
dicitur, *leg. 178. §. 2. de verb. ſign.* Juſtinianus
quidem, ut monuimus, *ſup. §. 3. de legat.* in eo
quoque fideicommiſſa exæquavit legatis, ut iiſ-
dem ordinariis actionibus, quæ pro obtinendis
legatis olim competebant, quaſque ipſe poſtmo-
dum pro legatis omnibus conceſſit, *leg. 1. Cod.
comm. de legat.* liceret perſequi & fideicommiſ-
ſa, *leg. 2. eod.* Verùm hoc ad fideicommiſſa
rerum ſingularum dumtaxat, ſicut & univerſa 7
exæquatio, pertinet, eratque perſpicuè Myn-
ſingerus, dum id transfert ad fideicommiſſa
hæreditatis.

Prætor proprius crearetur] Pomp. *l. 2. §. capta.
32. de orig. jur.* tradit, Claudium duos prætores
creaſſe, qui de fideicommiſſis jus dicerent, ex qui-
bus unum D. Titius detraxerit. Sveton. in *Claud.
c. 23. Juriſdictionem*, inquit, *de fideicommiſſis quo-
tannis & tantùm in urbe magiſtratibus delegari ſo-
litam, in perpetuum, atque etiam per provincias
poteſtatibus demandavit.* Quod etiam Ulp. *d. loc.*
confirmat, ſcribens, cognitionem de fideicommiſ-
ſis in provinciis fuiſſe præſidum provinciarum:
item *l. 5. C. de reb. cred.* Prætoris fideicommiſſarii
mentio fit *l. quæſitum 78. §. pen. de legat. 3. l. pen.
in fin. qui 3. ad lib. procl. l. ſi cui in pr. de cond. &
dem. l. 2. C. qui pot. in pign.* Neque tamen ſolius
prætoris in urbe juriſdictio de fideicommiſſis
propria tunc eſſe cœpit, ſed ita partita eſt, ut præ-
tor ad certam ſummam cognoſceret, de majore
conſules jus dicerent. Fab. *lib. 3. c. 6. Non debes*,
inquit, *apud prætorem petere fideicommiſſum, ſed
apud conſules: major enim prætoria cognitione ſum-
ma eſt.* Atque ita accipiendum quod Ulp. *d. tit. 25*
ſcribit, cognitionem de fideicommiſſis Romę eſſe
conſulum; aut prætoris, qui fideicommiſſarius
vocatur.

TEXTUS.

De fideicommiſſo hæredis ſcripti.

2. *Inprimis igitur ſciendum eſt, opus eſſe
ut aliquis recto jure teſtamento hæres inſti-
tuatur, ejuſque fidei committatur: ut eam
hæreditatem alii reſtituat: alioqui inu-
tile eſt teſtamentum, in quo nemo hæ-
res inſtituitur. Cùm igitur aliquis ſcrip-
ſerit*, Lucius Titius hæres eſto, *poteſt
adiicere*, Rogo te, Luci Titi, ut cùm
primùm poteris hæreditatem meam adi-
re, eam Cajo Sejo reddas, reſtituas. *Po-
teſt autem quiſque & de parte reſtituenda
hæredem rogare: & liberum eſt, vel purè,
vel ſub conditione relinquere fideicommiſ-
ſum, vel ex certo die.*

NOTÆ.

2. *Recto jure teſtamento*] Scilicet cùm quis
teſtamento fideicommiſſum vult relinquere: nam
ſine inſtitutione hæredis teſtamentum conſiſtere
non poteſt, §. 34. *ſup. de legat.* Cæterùm poteſt
& ab inteſtato fideicommiſſum codicillis relin-
qui, §. 10. *inf. eod. Recto jure* id eſt, directo
jure,

Digitized by Google

Jure, Schol. Th. ὀρθῶς, ἐξ ἰδίας, ſic *rectum judicium* pro directò, *leg.*18. §. *ult. commod. recta vindicatio* pro directa, *leg.*9. §.2. *de acq. rer. dom.*

Vel ex certo die] Nam is, qui reſtituit, nihilominùs hæres manet; ut hic non offendatur regula, neminem poſſe pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum decedere, §. *ſeq.*

COMMENTARIUS.

1 *Quis cui à quo fideicommiſſum hæreditatis rectò relinquat.*

2 *Ex certo die aut in diem cur fideicommiſſum rectè detur, hæreditas non item.*

OBliqua acquirendæ hæreditatis ratio iiſdem illis rebus conſtat, quibus directam conſtare
1 diximus *ſup.* §. *ult per quas perſ.* videlicet delatione fideicommiſſi, & delati ſuſceptione. Differre ſeu relinquere fideicommiſſum hæreditatis poſſunt, qui & teſtamentum facere, *l.*2. *de leg.*1. *l.*1. *in pr. & ſeq.* §§. *de leg.*3. *l.*6. §.3. *de jur. codic.* Relinqui iis poteſt, qui qualemqualem teſtamenti factionem habent, id eſt, vel paſſivam, ut loquuntur, *arg.* §. *legari* 24. *ſup. de leg. l.*1. *de legat.* t. Neque ulla nunc eſt in hac parte differentia inter hæredum inſtitutiones aut legata & fideicommiſſa, ſive univerſalia ſive ſpecialia. Ab iis relinqui poteſt, ad quos hæreditas noſtra perventura eſt, ſive directè ſive obliquè, ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato, ſive jure civili ſive jure honorario, §. *præterea* 10. *inf. eod.* In modo relinquendi nihil intereſt, utrùm teſtamento relinquatur, an codicillis: at teſtamento à ſolo hærede inſtituto relinqui poteſt, codicillis etiam à legitimo. Suſceptio utriuſque factum & voluntatem deſiderat & hæredis fideicommiſſum reſtituentis, & fideicommiſſarii reſtitutum accipientis; de quibus omnibus, aut maxima eorum parte, amplius in progreſſu.

Recto jure teſtamento hæres inſtituatur] Cùm quis teſtamento fideicommiſſum vult relinquere, neceſſe omninò eſt, quod hic traditur, ut teſtator directò aliquem teſtamento hæredem inſtituat, eumque roget, ut hæreditatem alii reſtituat: quippè cùm ſine inſtitutione hæredis teſtamentum conſiſtere non poſſit, §. *ante* 34. *ſup. de legat.* Utrùm autem hæres inſtitutus eodem teſtamento rogetur an codicillis, nihil refert, §.1. & 2. *inf. de codic. l.*8. *eod.*

Vel ex certo die] Fideicommiſſo hæreditatis hoc cum legatis & fideicommiſſis rerum ſingularum
2 commune eſt, ut non tantùm purè aut ſub conditione, quomodò etiam directò poteſt hæres inſtitui, verùm etiam ex certo die aut in diem relinqui poſſit, ſicut legata & ſingulę res per fideicommiſſum, *l.*1. & *paſſ. tit. de cond. & dem.* quamvis directò hęreditas ita dari non poſſit. Nimirum diem hæredis inſtitutioni adjectum pro ſupervacuo haberi placet, ne teſtator poſt tempus aut medio tempore, atque ita pro parte inteſtatus decedat, quod juris civilis ſubtilitas non patitur, §. *hæres* 9. *ſup. de hær. inſt. l.*7. *de reg. jur.* At in reſtitutione hæreditatis hoc jus non offenditur, cùm is, qui reſtituit, nihilominus hæres maneat, §. *ſeq.*

TEXTUS.

Effectus reſtitutionis hæreditatis.

3. *Reſtituta autem hæreditate, is quidem qui reſtituit, nihilominus hæres permanet: is vero, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.*

NOTÆ.

3. *Nihilominus hæres permanet*] Jure noſtro qui ſemel hæres extitit, non poteſt deſinere hæres eſſe, *l.*88. *de hær. inſt. l.*7. §.10. *de minor.* quamquam reſtituta tota hæreditate nudum tantùm nomen hæredis retinet.

COMMENTARIUS.

REgula eſt juris antiqui, *Qui ſemel hæres extitit, non poteſt deſinere hæres eſſe*, *L. ei qui* 88 *in fin. de hær. inſt. l.*7. §. *ſed quod* 10. *in fin. de minor.* quæ regula ex eo ſumpta eſt, quòd placet obligationem & actionem à perſona ejus, cui aut adversùs quem ſemel quæſita eſt, avelli non poſſe: de quo diligentiùs, Deo volente, præcipiemus *inf. ſub* §.1. *de actionib.* Hoc igitur jure conſtituto conſequens eſt, nec eum, qui rogatu defuncti hæreditatem alii reſtituit, hæredem eſſe deſinere, ac proinde ipſum nihilominus tanquam hæredem & experire actionibus hæreditariis & conveniri poſſe. Cæterùm Trebelliano Senatuſconſulto effectum eſt, ut reſtituta hæreditate, is qui reſtituit, nudum tantùm nomen hæredis retineat, atque ut agens exceptione hæreditatis repelli, & conventus alios repellere poſſit, *l.*1. §.4. *ad SC. Treb.*

Aliquando hæredis, aliquando legatarii loco] Loco hæredis habebatur, ſi reſtituta eſſet hæreditas ex Senatuſconſulto Trebelliano; loco legatarii, ſi ex Pegaſiano reſtitutio fieret, ut mox declarabit, & Ulpianus oſtendit *tit.* 25 §.12. Nam quod Giphanius ſcripſit, fideicommiſſarium legatarii loco habitum, ſi pars tantùm hæreditatis ei reſtituta eſſet, falſum eſſe apparet ex §: *ergo* 6. *inf. eod.*

TEXTUS.

De Senatuſconſulto Trebellianico.

4. *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo, & Annæo Seneca Coſſ. Senatuſ-*

natuſconſultum factum eſt, quo cautum eſt, ut ſi hæreditas ex fideicommiſſi cauſa reſtituta ſit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi & in hæredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas. Poſt quod ſenatuſconſultum prætor utiles actiones ei & in eum, qui recepit hæreditatem, quaſi hæredi & in hæredem dare cœpit.

NOTÆ.

4. *Quæ jure civili*] Ex ſenatus ſententia & honorariæ actiones tranſeunt, *leg. 40. h. t. ad S.C. Treb.*

Ei & in eum darentur, &c.] Quò magis in reliquum confirmarentur defunctorum voluntates *l.1.§.2.3. & 4. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in Catalogo conſulum non recenſeantur Trebellius & Seneca.*

2 *Quæ incommoda huic Senatuſconſulto cauſam dederint.*

3 *Cur cùm Senatuſconſulta ſint pars juris civilis, ſenatus eum, cui reſtituta eſt hæreditas, hæredem non fecerit, ſive & in eum non dederit actiones directas.*

4 *Quod juris, ſi debitor hæredi, aut hæres creditori ſolverit poſt factam reſtitutionem.*

1 T*Rebellio Maximo & Annæo Seneca Coſſ.*] Hoc idem teſtatur & Ulpian *leg.1.ad Treb.* Cæterùm hi conſules non reperiuntur in Faſtis, ſeu indice conſulum; quare credendum eſt, eos non fuiſſe ordinarios ſive initio anni creatos, ſed ſuffectos in locum demortuorum aut remotorum: quippe, ut Dio *lib.43. & 48.* refert, anni conſulum ab his duobus, qui primis duobus menſibus creati eſſent, nomen acceperunt; qui reliquis creabantur menſibus, in ſenatuſconſultis & auctoritatibus ſcribebantur, quod confirmat hic locus: cui ſimilis eſt in *§.ſeq* nam neque Pagaſi & Puſionis faſti meminerunt: & in *leg eum verò 26. §.ſubventum 7. de fideic. libert.* ubi mentio fit Senatuſconſulti Rubriani, quod factum dicitur temporibus D. Trajani Rubrio Gallo & Cælio Hiſpone Coſſ. qui & ipſi in catalogo conſulum non recenſentur, ut ſuffectos eos fuiſſe oporteat. Igitur cùm multi conſules Romæ ſub Impp. fierent per ſuffectionem, nemo ex ſuffectis in faſtos referebatur, ſed ſoli duo, qui anni initio magiſtratum auſpicati eſſent. Quamobrem excuſandus eſt Auſonius, qui in *grati. r. act. ad Gratianum* negat Senecam conſulem fuiſſe.

Omnes actiones] In omni legato & fideicommiſſo ineſt hæc conditio, ſi hæres, à quo relicta ſunt, hæres extiterit: quod in fideicommiſſis ex reſtituendi verbo ſatis intelligitur. Qua de cauſa ſi hæres aut adire hæreditatem noluerit, aut antequàm adeat, mortuus ſit, aliave ratione defecerit, hic eveniet, ut deſtituto teſtamento, fideicommiſſum quoque pereat, uti cætera, quæ in teſtamento ſcripta ſunt, non adita hæreditate irrita fiunt, *l.9. de teſt. tut. l. eam quam 14. Cod. de fideic. l.13. §.quid ergo 3. l. ita tamen 27. §.quotiens 6. ad ſent. Trebell.* Cùm autem hæredes, qui rogati erant hæreditatem reſtituere, aut metu litium, aut prætextu metus hæreditatem adire 2 plerumque recuſarent: cùmque eſſet æquiſſimum eos onera ſubire, in quos jus fructuſque transferretur, potius quàm cuiquam fidem ſuam eſſe periculoſam, Senatuſconſulto Trebelliano dubitatio hæredum cum metu incommodi ſublata eſt, cautumque, ut quæ actiones in hæredem competunt, darentur in eum, cui ex fideicommiſſo reſtitueretur hæreditas, quò magis in reliquum confirmarentur ſupremæ defunctorum voluntates *l.1 §.2. & 3. eod.*

Quæ jure civili] Senatus loquitur de transferendis iis actionibus, quæ jure civili hæredi & in hæredem competunt: tranſeunt tamen ex ſenatus ſententia & actiones honorariæ, veluti actio ex conſtituto, ex jurejurando, & ſimiles: imò & cauſam naturalium obligationum tranſire placet, *leg. quamvis 40. leg. ſi ejus 64. in pr. eod.*

Ei & in eum] Quemadmodum ſenatus hæredibus ſubventum voluit in eo, quòd actiones, quæ in hæredem competebant, dari voluit in fideicommiſſarium, ut poſſet hæres, ſi à creditoribus hæreditariis conveniretur, uti exceptione reſtitutæ hæreditatis: & ſubvenit fideicommiſſariis in eo, quòd actiones, quæ hæredi competebant, fideicommiſſario dari voluit, cui ſoli ob hoc agendi efficaciter facultas competit: hæres autem agens per exceptionem à creditoribus hæreditariis repelli poteſt, *d. l.1. §.4.* Planè non ultra actiones ex Senatuſconſulto tranſeunt, quàm pro ea parte hæreditatis, quæ rogatu teſtatoris reſtituta eſt, *§.6. inf. eod.*

Prætor utiles actiones] Licèt Senatuſconſulta pars ſint juris civilis, ac proinde per Senatuſconſultum hæres effici poſſit, ut efficitur Senatuſcon- 3 ſultis Tertylliano & Orficiano; eum tamen, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſt hæreditas, ſenatus hæredem non fecit, propterea quòd jam alius jure civili per aditionem hæres factus locum obtinet, quem ſtricta juris ratio non patitur deſinere hæredem eſſe: quæ eadem porrò ratio efficit, ut nec directæ actiones ad fideicommiſſarium tranſire queant, ſed ut ſemel hæredi quæſitæ ſunt ita perpetuò apud eum maneant, neque à perſona ejus poſſint ſeparari. Cùm igitur actiones directæ non poſſint & apud hæredem manere & ſimul pari jure fideicommiſſario aut in fideicommiſſarium dari, prætor ex auctoritate ſenatus utiles ei & in eum, tanquam hæredi & in hæredem, actiones dedit, ut hic ſcriptum eſt: convenit *l. filiusfam. 18 §.ult. ad leg. Falc. & l.pen. in fin. hoc ti.* Neque injuria fit creditoribus hæreditariis, quòd actiones eorum directæ mutentur in utiles: nam

nova

Digitized by Google

nova utilis, quæ ſuccedit, ejuſdem cum vetere poteſtatis eſt, eundemque effectum habet, *l. pro pen. de neg. geſt.* In ſumma Senatuſconſulto Trebelliano hoc effectum eſt, ut actiones, quæ hæredi & in hæredem jure civili competunt, poſt reſtitutionem hæreditatis in perſona hæredis inutiles ſint, utque agens exceptione repelli, conventus alios repellere poſſit. Contra verò in perſona fi-
4 deicommiſſarii ſint efficaces, ut is ſolus & agat efficaciter & conveniatur. Sed quid ſi debitor poſt reſtitutionem hæreditatis hæredi ſolverit, aut quid ſi hæres poſt reſtitutionem factam ſolverit creditori? Poterit ſolutum per condictionem indebiti repeti, *l. ſi ejus 64. in pr. eod.* quippe cùm poſt reſtitutionem inutilis planè atque inefficax per Senatuſconſultum in perſona hæredis obligatio fiat, & vinculum quoque æquitatis tollatur, ita ut nuda tantùm civilis obligatio remaneat. Enim verò ſi hæres aut debitor ſolverint, cùm ſcirent, ſe tutos eſſe exceptione, ceſſabit condictio, *l. ſi non ſortem 26. §. 3. de cond. ind.* quoniam donare voluiſſe præſumuntur, *l. cujus 53. de reg. jur.*

Textus.

De SC. Pegaſiano.

5. *Sed quia hæredes ſcripti, quum aut totam hæreditatem, aut pœnè totam plerumque reſtituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recuſabant, atque ob id extinguebantur fideicommiſſa; poſtea Veſpaſiani Auguſti temporibus, Pegaſo & Puſione Coſſ. ſenatus cenſuit, ut ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex ſingulis quoque rebus, quæ per fideicommiſſum relinquuntur, eadem retentio permiſſa eſt. Poſt quod ſenatuſconſultum ipſe hæres onera hæreditaria ſuſtinebat; ille autem, qui ex fideicommiſſo recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loco erat, id eſt, ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur: quæ ſpecies legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ ſolebant ſtipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum, qui ex fideicommiſſo recepit hæreditatem & hæredem, id eſt, ut lucrum & damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune eſſet.*

Notæ.

5. *Partiebatur hæreditatem*] Id eſt, res hæreditatis: neque enim legatarius partiarius efficiebatur ſucceſſor juris, ullæve actiones hæreditariæ ei, inve eum dabantur.

Commentarius.

1 *Quæ incommoda Pegaſiano Senatuſconſulto cauſam dederint.*
2 *Hoc Senatuſconſulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommiſſa hæreditatis.*
3 *Diſcrimen legis & Senatuſconſulti circa res, quæ imputentur.*
4 *An hoc demum Senatuſconſulto Falcidia producta ad fideicommiſſa ſingularia.*
5 *Trebelliani & Pegaſiani differentia.*
6 *Legatarius partiarius, & ſtipulationes partis pro parte.*

Tametſi Senatuſconſulto Trebelliano cau-
tum erat, ut omnia onera hæreditaria in 1
eum, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas, transferrentur; id tamen nondum ſufficiebat ad invitandum hæredem ad adeundam hæreditatem. Quamvis enim nullum damnum poſt hoc Senatuſconſultum hæredi adeunti & reſtituenti immineret, tamen ut eſt ingenium humanum, recuſabant adhuc plerumque hæredes ſcripti adire hæreditatem alieni emolumenti cauſa, unde ipſi nullum, aut exiguum lucrum percepturi erant: atque ita fiebat adhuc, ut fideicommiſſum hæreditatis ſæpè intercideret. Huic igitur incommodo occurſum eſt Senatuſconſulto Pegaſiano, cautumque, ut ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia legatis conceditur.

Perinde, &c. atque ex lege Falcidia] Quod lex 2
Falcidia in legatis, illud ipſum valet Senatuſconſultum Pegaſianum in reſtituenda hæreditate. Quin potiùs hoc Senatuſconſulto vis legis producta eſt ad fideicommiſſa hæreditatis. Juſtinianus *orat. ad Senat.* Pegaſianum factum eſſe ait *πρὸς τὴν τοῦ Φαλκιδίου μίμησιν*. Atque hinc eſt, quòd veteres etiam quartam hujus Senatuſconſulti, quam nunc vulgò Trebellianicam vocant, non quartam Pegaſiani, ſed quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ perpetuò appellarint, ut videre eſt in *l. cohæredi 41. §. 3. de vulg. & pup. l. 2. §. ul. de jur. cod. l. 18. l. in ratione 30. §. tametſi 7. l. 47. §. 1. l. Titia 86. l. accepeis 93. ad l. Falc. l. 2. l. 3. l. mulier 22. §. 2. l. ſi patrono 55. §. 2. l. deducta 58. §. 3. hoc tit. ad Senatuſconſ. Treb. l. 1. l. 10. l. 11. Cod. ad leg. Falc. Ulp. tit. 25. §. 12. ſup. quib. mod. teſt. inf. §. 3*
Eſt tamen adhuc aliquod diſcrimen circa res, quas 3
in haſce quartas imputari placet. Nam in Falcidiam, quæ ex legatis deducitur, ea tantùm imputantur, quæ jure hæreditario hæres capit: in quadrantem verò Pegaſianum etiam ea, quæ hæres fidu-

fiduciarius capit jure legati vel fideicommiſſi, aut implendæ conditionis cauſa, *l quod autem 74. l. id autem 76. l. in quartam 91. ad leg. Falc.* Quæ differentia ultra dodrantem legari vetat, ut proinde apud hæredem quarta pars non quarumlibet rerum, ſed hæreditatis manere debeat; non prohibet autem ſenatus ultra dodrantem hæredi fideicommitti: tum etiam, quòd Falcidia voluntati teſtatoris ſubſervit, quem veriſimile non ſit legatis patrimonium ſuum exhaurire voluiſſe; ſed potius, opinioni ejus non reſpondere calculum facultatum: at Senatuſconſultum manifeſtè teſtatoris voluntati adverſatur, quæ hæc eſt, ut reſtituta hæreditate apud hæredem nihil præter nudum nomen hæredis remaneat. Planè nec pars ea prælegati, quæ á cohærede accipitur, hæredi fiduciario in quartam imputatur, *l. 18. §. ult. hoc tit. l. Titia 86. d. l. in quartam 91. ad leg. Falc. l. filium 24. C. fam. erc.* fortè quòd veriſimile non ſit, teſtatorem, qui portionem cohæredis hactenus imminuit, voluiſſe, ut alteri id in quartam partem ejus partis, quàm reſtituere juſſus eſt, imputaretur. Variant tamen in hac re interpretes: videſis *Dion. 7. comm. 30. & 8. c. 26. Ant. Fab. 6. conject. 3. 4. & 5. Cujac. 8. obſ. 4. Fachin. 5. contr. 15. & 16. qui & alios citat. Bachov. in Treutl. vol. 2. diſput. 13. theſ. 3.*

Ex ſingulis quoque rebus] Hinc plerique colli-
4 gunt, ante Senatuſconſultum Pegaſianum non licuiſſe hæredi quartam partem de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis retinere, atque hoc demum Senatuſconſulto legem Falcidiam productam etiam ad fideicommiſſa particularia: quod quamobrem mihi non probetur, & cur hoc jus antiquius Senatuſconſulto exiſtimem, expoſui *ſup. tit. prox. in pr.* Illa etiam ratio nunc me movet, quòd utrumque Senatuſconſultum circa idē ſubjectum verſetur. Nam etſi non idem Senatuſconſulto Pegaſiano cautum eſt, quod antea cautum erat Senatuſconſulto Trebelliano: de eodem tamen utroque cautum eſſe conſtat, videlicet de hærede rogato reſtituere hæreditatem, non de eo, qui oneratus ſit fideicommiſſis particularibus Verba Trebelliani referuntur in *l. 1. § hoc tit.* Igitur quartæ de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis detractio, Pegaſiano Senatuſconſulto accepta ferri non debet, ſed juri antiquo, & ipſi legi Falcidiæ ex interpretatione prudentum. Neque obſtant verba hujus textus: quippè quibus hoc ſolum ſignificari exiſtimo cum Bachovio, ut ſi hæres & hæreditatem partemve hæreditatis reſtituere juſſus eſt, & inſuper ab eo particularia fideicommiſſa relicta ſunt, non tantùm quartam deducere poſſit ex fideicommiſſo hæreditatis, ſed pro rata etiam ex particularibus relictis; quemadmodum eodem modo pro rata quoque detraheretur ex legatis, ſi quæ teſtator ſimul reliquiſſet, *l. 1. §. 2. hoc tit. ad Senatuſconſ. Treb.* Quis ſit hujus diſputationis fructus, intelliges ex iis, quæ *n. 3. add. Vaſ. de ſucceſſ. reſol. lib. 2. §. 1. D. Tulden.*
5 *comm. in tit. ſeq. c. 4.*

Ipſe hæres onera ſuſtinebat] Trebellianum transferebat onera in fideicommiſſarium; retentionem autem nullam permittebat. Pegaſianum retentionem quartæ partis concedebat; onera verò nulla transferebat, quaſi ſufficere hæredibus deberet, quòd quarta pars ipſorum lucro cederet: ob cujus commodi perceptionem onera & judiciorum moleſtias ſubirent, nomina hæreditaria perſequerentur, ac juris erat ex lege antiqua 12. tab. *l. ea quæ 6. C. fam. erc.* Igitur reſtituta ex Senatuſconſulto Pegaſiano hæreditate, id eſt, quarta ex auctoritate hujus Senatuſconſulti contra voluntatem teſtatoris retenta, ipſe hæres ſolus atque in ſolidum onera hæreditaria ſuſtinebat, ceſſante videlicet Senatuſconſulto Trebelliano, utpote cui locus non erat, niſi ubi ſecundùm voluntatem defuncti hæres reſtituiſſet *§. ſeq.*

Legatarii partiarii loco erat] Univerſitatem
alicui legari poſſe, id eſt, partem dimidiam, ter- 6
tiam, aut quartam bonorum aut hæreditatis, docuimus *ſup. de legat. in pr.* Neque tamen hunc legatarium, quem partiarium appellabant, fuiſſe ſucceſſorem juris, ullaſve actiones hæreditarias ei inve eum datas, ſed partem bonorum ſibi legatam ſine ullo incommodo obtinuiſſe: id quod verum eſſe hic locus clarè oſtendit: nam ſi actiones in hujuſmodi legatarium tranſiſſent, quemadmodum ex Senatuſconſulto Trebelliano tranſeunt in eum, qui recipit hæreditatem, non magis opus fuiſſet interpoſitione ſtipulationum partis & pro parte, quarum hic ſit mentio, inter hæredem & legatarium partiarium, quàm inter hæredem, & eum, cui ex Trebelliano reſtituitur hæreditas.

Partitio vocabatur] Is cui pars bonorum legata erat, legatarius partiarius dicebatur, atque hæc legati ſpecies partitio, *Ulpian. tit. 24 §. 23. & tit. 25. §. 13.* Meminit & *Cic. 2. de legib.* Rationem appellationis hanc eſſe ait Juſtinianus, quoniam cum hærede legatarius participabatur hæreditatem id eſt, res hæreditarias ſeu univerſa bona: quo modo hæreditas vendi dicitur: neque enim legatarius partiarius efficiebatur ſucceſſor juris, ut jam dictum eſt.

Unde quæ ſolebant ſtipulationes, &c.] Inter hæredem & legatarium partiarium ſolebant interponi ſtipulationes de lucro & damno communicando, quæ propriè dicebantur partis & pro partes, *§. ſeq.* quippè hæres, ſive quid deberet hæreditas, ſolvebat, ſi quid deberetur, idem exigebat: ſed antequàm hæreditatem adiret, ſtipulabatur à legatario partiario, *Si quid à me ſolutum ſit, ejus te partem redditurum ſpondes?* & viciſſim alter ab hærede; *Si quid exegeris, ejus partem mihi daturum ſpondes?* Quæ ſtipulationes poſtea inter hæredem quoque, & eum, cui deducta quarta ex Senatuſconſulto Pegaſiano reſtituebatur hæreditas, interponi cœperunt, ut remedio harum ſtipulationum lucrum & damnum pro rata parte communicaretur: nam ſolus hæres hoc caſu actiones & exercebat & excipiebat, *vid. Paul. 4. ſent. 3. Ulp. tit. 25. §. 13. Theoph. hic.*

Tex-

Digitized by Google

TEXTUS.

Quibus caſibus locus eſt SC. Trebell. vel Pegaſiano.

6. *Ergo ſi quidem non plus quàm dodrantem hæreditatis ſcriptus hæres rogatus ſit reſtituere, tunc Trebelliano Senatuſconſulto reſtituebatur hereditas, & in utrumque actiones hereditariæ pro parte rata dabantur: in hæredem quidem juri civili, in eum verò, qui recipiebat hæreditatem, ex Senatuſconſulto Trebelliano, tamquam in hæredem. At ſi plus quàm dodrantem, vel etiam totam hæreditatem reſtituere rogatus eſſet, locus erat Pegaſiano Senatuſconſulto: & hæres, qui ſemel adierat hæreditatem (ſi modò ſua voluntate adjerat) ſive retinuerat quartam partem, ſive retinere noluerat, ipſe univerſa onera ſuſtinebat. Sed quarta quidem retenta, quaſi partis & pro parte ſtipulationes interponebantur, tamquam inter partiarium legatarium & hæredem; ſi verò totam hæreditatem reſtitueret, emptæ & venditæ hæreditatis ſtipulationes interponebantur. Sed ſi recuſabat ſcriptus hæres adire hæreditatem, ob id quod diceret, eam ſibi ſuſpectam eſſe, quaſi damnoſam, cavebatur Pegaſiano Senatuſconſulto, ut deſiderante eo cui reſtituere rogatus eſſet, juſſu prætoris adiret, & reſtitueret hæreditatem: perindeque ei & in eum, qui reciperet hæreditatem, actiones darentur, ac juris eſt ex Trebelliano Senatuſconſulto: quo caſu nullis ſtipulationibus eſt opus: quia ſimul & huic, qui reſtituit, ſecuritas datur, & actiones hæreditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hæreditatem: utroque Senatuſconſulto in hac ſpecie concurrente.*

NOTÆ.

6. *Locus erat Pegaſiano*] quippè quo quartæ deductio inducta, omiſſa Sc. Trebelliano, Vveſemb.

Emptæ & venditæ hæreditatis] Fideicommiſſarius ſtipulabatur hoc modo; *Quanta pecunia ad te pervenerit, tantam dari ſpondes*, l. 37. *de pecul.* l. 50. §. *de verb. obl.* Hæres contra ſic: *Quantam pecuniam hæreditatis cauſa præſtitero, ſolvero, tantam dari ſpondes.* Hoc enim inter emptorem & venditorem hæreditatis agitur, ut nec plus nec minus juris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum eſſet, *l. 2. de hær. vel act. vend.*

Si recuſat hæres adire] Vid. Ulp. *leg. 4. hoc tit. Vinnius in Inſtitut.* & *in fragm. tit. 25.* §. 14. Cajum *l. 17. ſi quis om. ca. teſt.*

COMMENTARIUS.

1 *An hæres, qui ultro totum quod rogatus eſt, reſtituit, ſolus onera ſubeat ex Pegaſiano.*
2 *Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis.*
3 *Caput Senatuſconſulti de coactione recuſantis adire.*

N*On plus quàm dodrantem*] Senatuſconſulti Pegaſiani duo principalia capita fuere, quorum uno cavebatur de hærede rogato totam hæreditatem aut plus quàm dodrantem reſtituere; alter de eo hærede fiduciario, qui adire hæreditatem recuſabat: nihil autem hoc Senatuſconſulto cautum de hærede, qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habens ultro hæreditatem adiit. Itaque hoc caſu reſtitutio fiebat ex Senatuſconſulto Trebelliano, & pro rata actiones transferebantur in fideicommiſſarium ſine ope ſtipulationum, *Vlp. tit. 25. §. is qui* 12.

Pro parte rata] V. c. Hæres rogatus quarta parte retenta reliquam hæreditatem reſtituere, fidem præſtitit. Exiſtit creditor hæreditarius, cui centum debentur: huic in 75. utilis ex Trebelliano adversùs fideicommiſſarium actio datur, in reliqua 25. directam habet jure civili adversùs hæredem.

Si modò ſua voluntate] Nam ſi à prætore coactus adjerat, transferebantur actiones omnes in fideicommiſſarium, ut cautum erat Senatuſconſulto Trebelliano: de quo mox plura.

Ipſe univerſa onera ſuſtinebat] Ait, hæredem rogatum totam hæreditatem aut ſuper dodrantem reſtituere, ſi modò ſua ſponte hæreditatem adiiſſet, etiamſi eam ſecundùm voluntatem defuncti reſtituiſſet, id eſt, ſine deductione quartæ, univerſa onera hæreditaria ſuſtinuiſſe, atque ita nec hoc caſu actiones in eum, qui recipiebat hæreditatem, poſt Senatuſconſultum Pegaſianum fuiſſe translatas: quod perquàm abſurdum videtur. 1 Utique enim propter commodum, quod hæres ex eo Senatuſconſulto conſequebatur, ut contra voluntatem defuncti quartam partem retinere poſſet, viciſſim ſenatui viſum eſt, ipſum ſolum onera hæreditaria ſuſtinere; quo caſu etiam neceſſariò ceſſat Senatuſconſultum Trebellianum. At ut hæres eo etiam caſu, qui ultro voluntati defuncti paret, totumque quod rogatus eſt reſtituere, reſtituit, onera hæreditaria ſolus ſubeat, nulla ratio eſſe videtur; quippè cùm hic non minùs reſtitutio fieri poſſit ex Senatuſconſulto Trebelliano, atque actiones ex eo transferri, quàm cùm hæres ex voluntate teſtatoris quartam integram habet, & reliquum reſtituit; quo caſu actiones pro rata in fideicommiſſarium dari, in *pr. hujus* §. dictum eſt. Finge hæredem rogatum dextantem reſtituere, eumque plenam fidem defuncto præſtare malle,

quàm contra ejus voluntatem aliquid retinere poteſtate Senatusconſulti Pegaſiani. Cur hoc caſu non æquè fieri poſſit reſtitutio ex Senatusconſulto Trebelliano, & actiones pro dextante transferri in fideicommiſſarium, quàm cùm ubi dodrantem reſtituere juſſus eſt, & reſtituit, transferuntur pro dodrante? Diverſi juris non alia fuiſſe videtur ratio, quàm quòd cùm hæres ſalvum habet quadrantem ex judicio defuncti, Senatusconſulto Pegaſiano uti non poteſt, etiamſi maximè velit: nam ad hunc caſum Senatusconſultum illud non pertinet, ſed intacta hactenus prioris Senatusconſulti manſit auctoritas. At verò cùm plus quàm dodrantem rogatus eſt reſtituere, tum uti poteſt poſteriore Senatusconſulto, quod in hunc caſum proſpexit, & prioris vim ac poteſtatem quodammodò ſuſtulit. Quamobrem ſi is, qui beneficio Pegaſiani juvari poterat, eo uſus non ſit, remiſiſſe illud, atque in hoc hæredi fideicommiſſario gratificari voluiſſe cenſetur, ut tam oneribus hæreditariis obſtrictus maneat, quàm ſi detracta quarta reliquum dumtaxat reſtituerit. Facit eò, quod ſcribit Paulus, 4. *ſent. 3. §. ult.* qui totam hæreditatem reſtituit, cùm quartam retinere ex Pegaſiano debuiſſet, repetere eam non poſſe. Cæterum ut arbitror, aut ſummi juris ratio hoc efficiebat, aut quod magis puto, pertinuit ad eum caſum, quo hæres, qui Pegaſiano uti poterat, totam hæreditatem ſimpliciter reſtituit. Quòd ſi enim nominatim teſtatus fuiſſet, velle ſe hæreditatem reſtituere ex Senatusconſulto Trebelliano actionum transferendarum cauſa, non video cur hoc admitti non debuerit. Imò reſtitutionem ita ex Trebelliano ſolitam fieri, expreſſè tradit Paul. *d. lib. & tit.* §. 1. & Modeſtin. *leg. qui totum 45. hoc tit.* quo tamen loco conſultius putat, ſuſpectam ut hæres dicat hæreditatem, coactuſque à prætore reſtituat; quo & ipſo caſu ex Trebelliano reſtitutio fieri intelligitur, & actiones transferuntur: atque hoc etiam Cujacius obſervaſſe videtur, qui in *not. ad Paul.* ſcribit, eum qui totam hæreditatem reſtituere rogatus eſt, ſi Falcidiam omittat fidei explendæ gratia, vel ex Senatusconſulto Pegaſiano reſtituere debere, interpoſitis emptæ & venditæ hæreditatis ſtipulationibus, vel quod expeditius eſt, ex Senatusconſulto Trebelliano, aut vi prætoris ex Pegaſiano coactus, nullis interpoſitis ſtipulationibus.

Quaſi partis & pro parte] De quibus dictum §. *præc.* Nam ad exemplum partis & pro parte ſtipulationum, quæ de lucro & damno communicando interponi ſolebant inter hæredem & legatarium partiarium, hæ quoque in cauſa interponebantur inter hæredem & fideicommiſſarium, ut inter illum pro quadrante & hunc pro dodrante commoda & incommoda communicarentur, *Ulp. tit. 25. §. 13. Paul. d. lib. & tit. in pr. Theoph. hic.*

2 *Emptæ & venditæ hæreditatis*] Cùm tota hæreditas rogatu defuncti ſponte reſtituebatur, emptæ & venditæ hæreditatis ſtipulationes interponebantur. Quales illæ ſtipulationes fuerint, nuſquam diſertè traditum eſt, niſi quadantenus apud Ulpian. *d. in illa 50. §. 1. de verb. obl.* ubi hæc ex parte emptoris proferunt; *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum eſt eritve, quo minùs perveniat,* ſubaudiendum, *tantam dari ſpondes?* Ex quo cum Hotomanno ſuſpicari licet, hanc ferè contrariæ ſtipulationis formulam fuiſſe? *Quantam pecuniam hæreditatis cauſa præſtitero, ſolvero, tantam dari ſpondes?* Etenim inter emptorem & venditorem hæreditatis id agi conſtat, quod Ulpian. ſcribit, *l. 2. de hær. vel act. vend.* ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum eſſet, effectu ſcilicet: neque enim vi iſtarum ſtipulationum actiones hæreditariæ in emptorem transferri potuerunt. At enim verò, ut non multò ante probavimus, potuit hoc caſu & ex Trebelliano nominatim reſtitutio ſic fieri, ut actiones transferrentur ſine interventu hujuſmodi ſtipulationum.

Si recuſabat hæres ſcriptus] Alterum hoc principale caput Senatusconſulti Pegaſiani fuit, ut ſi hæres recuſaret adire hæreditatem, juſſu prætoris adire & reſtituere cogeretur, *leg. 4. l. 6. §. 2. l. 14. §. pen. & paſſim hoc tit. l. ſi quis 17. ſi quis om. cauſ. teſt. Ulp. tit. 25. §. 14.* At inquies, cùm adire facti ſit, ad quod nec ſervus à domino præciſè compelli poteſt, *l. 3. C. hær. inſt.* quomodò ad id compelletur hæres? Compelli præciſè poſſe, non exiſtimo, ſed contumaciam hæredis pro aditione habendam, *l. pen. §. 1. C. hoc tit.* 3

Quaſi damnoſam] Sufficit autem hoc ab hærede allegari: neque enim inquiritur, ſolvendo ſit hæreditas necne. Sed neque præſcribitur hæredi cur metuat hæreditatem adire, vel cur nolit: cùm variæ ſint hominum voluntates, quorumdam negotia timentium, quorumdam vexationem, quorumdam æris alieni cumulum, tametſi locuples videatur hæreditas, quorumdam offenſas vel invidiam, quorumdam gratificari volentium his, quibus hæreditas relicta eſt, ſine onere tamen ſuo, *d. l. 4. hoc tit.*

Quo caſu nullis ſtipulationibus eſt opus] Juſſu prætoris adita & reſtituta hæreditate, ei & in eum, qui recipit hæreditatem, actiones dantur perinde atque ſi ex Trebelliano Senatusconſulto reſtituta fuiſſet, idque ut ita fiat, Pegaſiano Senatusconſulto cautum eſſe ſcribit *Ulp. d. tit. & §.* Quamobrem nullis hic ſtipulationibus opus erit. Ut autem reſtituenti hoc caſu proſpectum, ne ullum damnum ſentiat, ita viciſſim omne commodum amittit, quod ſi cogi ſe paſſus non eſſet, vel beneficio Pegaſiani, vel ex voluntate defuncti percipere potuiſſe, *d. l. 4. d. l. 14. §. qui compulſus 4. l. ita 27. §. 2. & §. præceptis 14. h. tit.*

Utroque Senatusconſulto concurrente] Nam quod hæres invitus cogebatur adire à prætore, id erat ex Senatusconſulto Pegaſiano; quod actiones transferrentur in eum, qui recipiebat hæreditatem, ex Trebelliano.

Digitized by Google

TEXTUS.

Pegaſiani in Trebellianum transfuſio.

7. *Sed quia ſtipulationes ex Senatuſconſulto Pegaſiano deſcendentes & ipſi antiquitati diſplicuerunt, & quibuſdam caſibus captioſas eas homo excelſi ingenii Papinianus appellat; & nobis in legibus magis ſimplicitas, quàm difficultas placet: ideò omnibus nobis ſuggeſtis tam ſimilitudinibus, quàm differentiis utriuſque Senatuſconſulti, placuit, exploſo Senatuſconſulto Pegaſiano, quod poſtea ſupervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatuſconſulto præſtare, ut ex eo fideicommiſſariæ hæreditates reſtituantur: ſive habeat hæres ex voluntate teſtatoris quartam, ſive plus, ſive nihil penitus: ut tunc quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deeſt, ex noſtra auctoritate retinere, vel repetere ſolutum, quaſi ex Trebelliano S. C. pro rata portione actionibus tam in hæredem, quàm in fideicommiſſarium competentibus. Si verò totam hæreditatem ſponte reſtituerit, omnes hæreditariæ actiones fideicommiſſario, & adverſùs eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegaſiani Senatuſconſulti fuerat, ut quando recuſaret hæres ſcriptus ſibi datam hæreditatem adire, neceſſitas ei imponeretur totam hæreditatem volenti fideicommiſſario reſtituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones. Et hoc tranſpoſuimus ad Senatuſconſultum Trebellianum, ut ex hoc ſolo neceſſitas hæredi imponatur, ſi ipſo nolente adire, fideicommiſſarius deſideret reſtitui ſibi hæreditatem nullo nec damno nec commodo apud hæredem remanente.*

NOTÆ.

7. *Vel quartam, vel quod deeſt*] Hinc Interp. quartam hanc dixerunt Trebellianicam. Veteribus autem numquam alio nomine, quàm Falcidiæ appellatur, ut *ſup.* §. 5. oſtendit: ac proinde dubitandum non eſt, quin quod Juſtin. *Nov.* 1. c. 2. conſtituit teſtatorem poſſe Falcidiæ deductionem prohibere, hæredemque, qui inventarium non fecit, beneficium legis amittere, ex æquo ad utramque quartam pertineat.

Vel repetere ſolutum] Solutum ſcilicet errore facti, non juris, *l.* 9. *Cod. ad leg. Falc.* v. g. Qui 100. in bonis habebat, 100. legavit. Hæres integra legata ſolvit. Si errore facti, credens eam eſſe quantitatem patrimonii defuncti, ut exolutis legatis adhuc abundè ſibi ad quartam Falcidiæ ſuperſit, repetitionem habet: ſi errans in jure, non habet. Id eſt, ſi non ignorabat quantitatem ſubſtantiæ: putabat autem ſe quartæ retentionem non habere. Idemque juris eſt in reſtitutione fideicommiſſi, ut hic.

Pro rata portione] *l.* 1. *C. h. t.* Onera tamen legatorum ad ſolum fideicommiſſarium ſpectant, *leg.* 1. §. *ult. D. eod.* & ibi Accurſ. DD. in *leg.* 2. & *ult. Cod. eod.* niſi minus dodrante reſtituere hæres rogatus ſit; tunc enim pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum onera ad eum pertinent, *l.* 1. §. *pen. eod.* Gloſſ. & DD. *ubi ſup.*

Totam hæreditatem ſponte] Dum fidum obſequium defuncti precibus præbere deſiderat, *leg.* 45. *ad SC. Treb.* & pleniore officio fidei præſtandæ fungi, *leg.* 5. §. 15. *de don. int. vir.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur ſtipulationes ex Senatuſconſulto Pegaſiano deſcendentes captioſæ viſæ.*
2. *An hæres qui non confecit inventarium, amittat quartam Senatuſconſulti: & an teſtator deductionem hujus quartæ vetare poſſit.*
3. *Duplex deductio juxta c. Raynutius.*
4. *Pro qua parte actiones tranſeant aut remaneant.*
5. *Explicatur l.* 5. *C. h. t.*
6. *Legatorum onera ad ſolum fideicommiſſarium pertinere.*

TRansfunditur hoc loco vis omnis Senatuſconſulti Pegaſiani in Trebellianum, ut jam ex ſolo Senatuſconſulto Trebelliano reſtituatur hæreditas. Itaque hæres nunc quaſi ex hoc Senatuſconſulto quartam, vel quod quartæ deeſt, retinere poteſt: ex eodem actiones pro rata communicantur: ſi hæres adire & reſtituere nolit, ex hoc Senatuſconſulto cogitur: reſtituta tota hæreditate ſive ſponte ſive juſſu prætoris, actiones omnes in fideicommiſſarium tranſeunt: nulluſque jam ampliùs uſus ſtipulationum, quarum antea meminit.

Ex Pegaſiano Senatuſconſulto deſcendentes] Stipulationes partis & pro parte emptæ & venditæ hæreditatis non ſunt Senatuſconſulto Pegaſiano primum introductæ, ſed ſunt antiquiores. Dicuntur autem hic ex Pegaſiano deſcendere, quia eo Senatuſconſulto translatæ ſunt ad reſtitutionem hæreditatis, locum non habente Trebelliano. Hotomannus hic colligit, nominatim Senatuſconſulto mentionem harum ſtipulationum factam fuiſſe.

1 *Captioſas*] Captioſæ fuerunt ſtipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, itemque partis & pro parte, quia ſalvæ nihilominus hæredi & adversùs hæredem actiones manebant. Neque enim ob harum ſtipulationum interpoſitionem cogebantur creditores fideicommiſſarium convenire, ſed hæ-

res lites excipiebat, & ſolutum creditoribus à fideicommiſſario repetebat: ſicut è diverſo fideicommiſſario cum hærede agendum erat, ut quod à debitoribus exegiſſet, redderetur. Ob has difficultates & litium anfractus facilè eveniebat, ut alter damnum pateretur, vel propter calumniam, vel propter inopiam alterius: quod cùm ex Trebelliano reſtituitur hæreditas, commodè poteſt vitari. Nam quatenus hæreditas reſtituta eſt, eatenus hæres ſi conveniatur, exceptione reſtitutæ hæreditatis ſe tueri poteſt; & viciſſim ſi ipſe experiatur, eadem exceptione repelli. Captioſas igitur haſce ſtipulationes Papinianus appellat, non quia callidæ aut argutæ; ſed quia captioni & damno obnoxiæ, plenæque difficultatibus, quia captioſæ propter has ſtipulationes Senatuſconſulti Pegaſiani ambages, auctore Juſtiniano *l. 2. C. de vet. jur. enucl.* Captioſum enim noſtris etiam id dicitur, quod alicui fraudi aut damno eſt, *l. 5. de tranſact. l. 14. §. aliquando 5. verſ. unde quidam. quod met. ca. l. 6. §. ſi quid 10. quæ in fraud. cred.* Rectè igitur Theophilus reddidit ἐπιζημίους, id eſt, damnoſas: neque cauſam video, cur Bachovio hæc ratio appellationis non placeat.

In legibus magis ſimplicitas] Laudat in *§. cæterum 3. inſ. de legit. agn. ſucceſſ.* legem 12. tabularum, quòd ſimplicitatem legibus amicam amplexa ſit in legitima agnatorum ſucceſſione: Quod autem legumlatoribus in condendis legibus placere videmus, id etiam in earum interpretatione nobis ſequendum eſt, vitandæque argutiæ, ſubtilitates, ſcrupuloſitates, obſcuritates, diſtinctiones ac differentiæ nimiæ.

Senatuſconſulto Trebelliano præſtare] Quod planius erat, & citra captioſos circuitus ipſo jure, quoad vim & effectum, transferebat id, quod non niſi per ſtipulationes interpoſitas, longoſque & captioſos ambitus Pegaſianum exequebatur.

Vel quartam, vel quod deeſt] Hinc interpretes quartam hanc dixere Trebellianicam. Veteribus autem numquam alio nomine, quàm Falcidiæ appellatur, ut oſtendi *ſup. §. 5.* nimirum quia Senatuſconſulto Pegaſiano non tam nova quarta introducta fuit, quàm quarta Falcidiæ producta
2 ad fideicommiſſa univerſalia. Ex quo portò intelligitur, appellatione quartæ Falcidiæ etiam propriè hanc quartam contineri, & proinde poſitis terminis habilibus, atque in dubio, ubi expreſsè nulla differentia conſtituta eſt inter quartam, quam hæres de ſingulis rebus detrahit, & quam retinere poteſt ex fideicommiſſo hæreditatis, quicquid de Falcidia jure noſtro cautum eſt, ex æquo ad utramque quartam pertinere. Veluti quod Juſtinianus conſtituit, ut hæres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat, *l. ult. §. pen. Cod. de jur. delib.* item quòd Falcidiæ locus non eſt, ſi teſtator expreſsè vetuerit hæredem ea uti. *Nov. 1. cap. 2.* Omninò enim veriſimile eſt, Juſtinianum perpetuum omnium auctorum juris uſum ſecutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendiſſe: Atque hoc ſi animadvertiſſent interpretes, nemo eorum repertus eſſet, qui auſus fuiſſet hoc negare. At nunc tanta frequentia in contrarium itum eſt, ut difficile dictu ſit, utra ſententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur, *vid. Ferrar. in form. libell. per leg. rei ſing. num. 5. Gom. 1. reſol. 5. num. 11. & 12. Everh. in Top. à Falc. ad Trebell. loco 34. Gail. 2. obſ. 138. num. 16. Clar. §. teſtam. quæſt. 62. Mantic. 7. de conj. ult. vol. 11. & 12. Fachin. 5. cont. 4. Perez ad tit. C. de jur. del. num. 14. & C. ad Senatuſconſult. Treb. num. 20. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 316. & vol. 4. deciſ. 25. 51. & 55. D. Tulden. comm. in tit. præc. cap. 3.* Apparet tamen ex allegatis, à Chriſtinæo ſic ferè uſu receptum eſſe, ut etiam detractio quartæ Senatuſconſulti expreſsè prohiberi poſſit, præterquàm in liberis primi gradus, quos etiam apud nos obtinere refert Grot. 2. *Manud.* 20. Intellige autem per liberos primi gradus non tãtùm filios, ſed etiam nepotes, &c. quos nemo in ſuo ordine antecedit. Ob inventarium verò non confectum hæredem non amittere quartam Senatuſconſulti. Et ita ſæpiſſimè judicatum. *Mynſ. 3. obſ. 60. Gail. d. obſ. num. 3. & 6. Deciſ. Cur. Holl. 3. add.* citat. à 3
Chriſtin. d. deciſ. 51. num. 3. Jure Canonico liberis univerſali fideicommiſſo gravatis duplex detractio permiſſa eſt, legitimæ & Trebellianicæ, *cap. Rainutius, C. de teſtam.* quod quamquam legibus civilibus incognitum eſt, *vid. Cujac. 8. ob. 5. Hotom. illuſt. quæſt. 43.* uſu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum eſſe, & tamquam Evangelium practicari, teſtantur *Bald. & Iaſ. in auth. res quæ, C. comm. de legat. Caſtr. in leg. jubemus 6. C. ad Senatuſconſ. Trebell. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 245. & deciſ. 315.* eoque jure etiam nos utimur *Grot. 2. manuduct. 20. deciſ. Cur. Holl. 3. & 17.* In cæteris, quod ad hunc juris articulum attinet, ſequimur in his regionibus jus commune, *Grot. d. loc. Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 11.* ubi tamen dubitari poſſe ſcribit, an in locis, in quibus hæredes inſtituti pro legatariis habentur, ut apud Gandavenſes & Cortracenſes, admittenda ſit Falcidiæ aut Trebellianicæ detractio: & magis exiſtimat, admittendam non eſſe, *arg. & lex Falcidia 47. §. 1. ad l. Falc.*

Vel repetere ſolutum] Solutum ſcilicet errore 4
facti, *l. error. 9. C. ad leg. Falc.* Reperitur autem hoc non beneficio Senatuſconſulti; ſed jure communi, quo ejus, quod per errorem quacumque ex cauſe ſolutum eſt, omnibus repetitio conceditur. De quo diligentiùs ſuo loco.

Pro rata portione] Si pars tantum hæreditatis reſtitui juſſa eſt, pro parte non reſtituta actiones apud hæredem remanent, pro reſtituta tranſeunt in fideicommiſſarium. Si tota hæreditas, aut integra alicujus hæredis portio, ſi hæres eam totam reſtituit, (ſponte, an coactus nihil refert) transferuntur actiones omnes: ſi dodrantem retenta quarta ex Senatuſconſulto, pro dodrante transferuntur, pro quadrante remanent, *l. 1. C. hoc tit.* Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo, qui

qui legatis oneratus eſt, qui ſolus cogitur reſpondere creditoribus. Dividuntur autem actiones pro competenti cujuſque parte ſimul atque facta eſt reſtitutio, id eſt, ſi hæres verbo dixerit ſe reſtituere, aut per epiſtolam vel nuntium reſtituerit, quamvis fideicommiſſarius nondum nactus ſit rerum poſſeſſionem, *l. reſtituta 37. l. facta 63. in pr. hoc tit.* Quòd autem etiam in ponenda
5 ratione Senatuſconſulti deduci dicitur æs alienum, *l. 5. C. eod.* eo nihil aliud ſignificatur, quàm quòd in conſtituenda ſumma bonorum ineatur etiam ratio æris alieni, idque de bonis deducatur, ut ſciri poſſit, quantum æris alieni in fideicommiſſarium cum portione reſtituta tranſeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis eſſe, ex his centum deberi. Hic fideicommiſſario reſtituentur clxxv. ac pro hac portione, id eſt, pro novem unciis, transferetur in eum onus æris alieni; cxxv. retinebit hæres, pro qua parte ipſe à creditoribus conveniendus erit. Sic enim omnino res tranſigenda eſt, poſtquàm placuit actiones pro rata parte in utrumque dari. Quod non ſatis re-
6 ctè mihi explicuiſſe videtur Vveſemb. & poſt eum Chriſtin. *vol. 4. dec. 53. num. 5.* Quamvis autem hæres fiduciarius pro parte ſua onus æris alieni ſubeat, onera tamen legatorum ad ſolum fideicommiſſarium ſpectare, communiter placuit, *Accurſ. in leg. 1. §. ult. hoc tit. DD. in leg. 2. & leg. ult. Cod. eod. Tholoſan 42. ſyntagn. 31. num. 3. D. Tulden. comm. in hunc tit. cap. 4.* Quæ ſententia, etſi Donello in *d. leg. 2.* falſiſſima, mihi tamen vera videtur. Nam cùm quarta pariter ex legatis & fideicommiſſo detrahatur, *leg. 3. §. 2. eod.* utique ex reſiduo dodrante, quem totum hæres reſtituit, legatariis ſatisfaciendum: alioqui non habiturus eſſet hæres quartam integram; niſi dicamus, hæredem nihilominùs à legatariis rectè pro ſua parte conveniri, & quod ſolvit, à fideicommiſſario eum repetere debere, ſibique imputare, quòd portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in propoſito dici non poteſt: quoniam auctoritate ſenatus dodrante unde omnia legata præſtanda ſunt, reſtituto, actiones legatariorum in fideicommiſſarium transferuntur, qui conventus, quod ſibi detractum, legatariis pro rata imputavit, *argum. leg. 3. in pr. eod.* Planè, ſi, antequàm reſtitutio facta eſt, legatarii petant, puto, hæredem exceptione adjuvari non debere, cùm, ſi ſolvat, hoc minus ex cauſa fideicommiſſi reſtituat, *argum. leg. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. 7. in fin. eod.* Quòd ſi hæres minus dodrante reſtituere rogatus eſt, pro eo, quod ultra quartam habet: etiam legatorum & fideicommiſſorum ſpecialium onera ad eum pertinere, certum eſt, *leg. 1. §. pen. eod. Salic. in d. l. 2. & leg. ult. Cod. eod. Grot. 2. manud. 20. Mynſ. Schneid. hic.* Ad quem caſum plerique cum Gloſſa etiam referunt *dict. leg. 1.* Bachovius in *not. ad Treutl. vol. 2. diſput. 14. theſ. 9.* putat, hanc *d. l.* ſententiam eſſe quod fideicommiſſarius cogatur pati, ut tam de ſua parte, quàm de legatis quarta detrahatur, cum *Vinnius in Inſtitut.* concurrentibus legatariis de reſtituenda hæreditate agitur.

Nec damno nec commodo] Quod meritò placuit, Nam neque damnum ullum hoc caſu ſentire hæredem æquum eſt, propterea quod coactus contemplatione alterius adit, neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *l. 4. hoc tit.* de quo etiam dictum §. proximè præced.

TEXTUS.

De quibus hæredibus & in quibus fideicommiſſariis ſupradicta locum habeant.

8. *Nihil autem intereſt, utrùm aliquis ex aſſe hæres inſtitutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte reſtituere rogatur; an ex parte hæres inſtitutus, aut totam eam partem, aut partem partis reſtituere rogatur. Nam & hoc caſu eadem obſervari præcipimus, quæ in totius hæreditatis reſtitutione diximus.*

COMMENTARIUS.

Sententia hujus loci ſatis plana eſt. Non tantùm qui ex aſſe inſtitutus eſt & rogatus aut totam hæreditatem aut partem ejus reſtituere, poteſt vel ultrò adeundo & reſtituendo partem quartam aut quod quartæ deeſt retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum; vel ſuſpectam hæreditatem dicendo exonerari, totamque transferre in eum, qui adire cogit, *l. cogi 16. §. ſi quis 44. hoc tit.* verùm etiamſi quis ex parte & verbi cauſa ex ſemiſſe hæres inſtitutus ſit, rogatuſque partem illam reſtituere, poteſt quartam partem hujus partis, & in propoſito ſeſquiunciam retinere, ut actiones hæreditariæ pro rata remaneant & tranſeant. Poteſt & partem totam ultrò reſtituendo, aut adire recuſando, prætoriſque juſſu adeundo, omnes actione abs ſe removere & transferre in fideicommiſſarium. Denique qui partem partis, ex qua inſtitutus eſt, reſtituere rogatur, poteſt ſimiliter, ſi quartam partem ſuæ partis ſalvam judicio defuncti non habeat, quod ei deeſt, retinere: & recuſans adire, deſiderante fideicommiſſario cogi à prætore, ut adeat, totamque illam partem reſtituat cum omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula, *Quod juris eſt in toto, quantum ad totum, idem juris eſt in parte, quantum ad partem, l. quæ de tota 76. de rei vend. l. 3. pro derel. §. ſi rem 12. in fin. ſup. de legat.* Simile eſt, quod ſup. §. 1. *de l. falc.* docuit, in ſingulis hæredibus rationem legis Falcidiæ poni Ex. g. ſi quis ex ſemiſſe hæres inſtitutus ſit, rogatuſque partem illam reſtituere, poteſt quartam partem hujus partis retinere.

Digitized by Google

contra officium boni viri hæredem facere, fidem-
que violare, qui voluntati teſtatoris non pareret,
ut perſpicuum eſt ex eo, quod de Sext. Peduceo
commemoravimus ex *lib. 2. de finib.* & quod Ci-
cero eodem loco refert de Sextillo rogato om-
nem hæreditatem reſtituere filiæ teſtatoris: *Te-
nuit*, inquit, *Sextilius permagnam hæreditatem*,
unde ſi ſecutus eſſet eorum ſententiam, qui hone-
5 *ſta & recta emolumentis omnibus & commodis ante
ponerent, ne nummum quidem attigiſſet*. Notatur
& à Val. Maximo avaritia Corneliæ, quòd fidei-
commiſſa prædia filio Q: Pompejo publica quæ-
ſtione proſtrato non redderet, *lib. 2. c. 4. in fin.*
Ex libris noſtris manifeſtum eſt, legem Voco-
niam poſtea planè in deſuetudinem abiiſſe, & jam
tum ſua ætate obliteratam fuiſſe reſtatur Gellius
lib. 20. c. 1. Eo verò jure, quod poſt ſecutum eſt,
nec licitum hæredi fuiſſe videtur, hæreditatem
incapaci reſtituere: argumento eſt, quod favore
fiſci conſtitutum fuit, ut ſi hæres hujuſmodi fi-
deicommiſſo tacitè fidem ſuam accommodaſſet,
hæreditas ei anferretur & vendicaretur fiſco, *leg.
1. leg. 3. de jur. fiſc.* Ad fiſcum quoque pertinuiſſe
fideicommiſſum deportato relictum, conſtat ex
leg. 7. de legat. 3. Denique Ulp. *tit. 25.* §. *fideicom-
miſſa 5.* cùm generaliter definiviſſet, fideicom-
miſſum non aliis dari poſſe, quàm quibus le-
gari poteſt, ſolos mox excipit Latinos Junia-
nos.

Gratia perſonarum motus] Igitur Auguſtus
non confirmavit fideicommiſſa certa & perpetua
legè: ſed cùm unum atque alterum fideicommiſ-
ſum confirmaſſet ob cauſas, quæ hic memoran-
tur, conſules demum auctoritatem ſuam inter-
ponere juſſit, id eſt, conſulibus cognitionem de
fideicommiſſis ſingulis annis aut in ſingulis nego-
tiis mandavit. Ait, *gratia perſonarum*. Ipſe Au-
guſtus relictum à ſe fideicommiſſum L. Lentuli
gratia, qui rogaverat, præſtitit, *inf. de codic. in
pr.* Potuit & eorum gratia moveri, quibus fidei-
commiſſum relictum dicebatur, puta perſonæ
ſanguine aliave neceſſitudine defuncto conjun-
ctæ, aut ſingulari conditione aliiſve raris animi
dotibus præditæ.

Per ipſius ſalutem] Antiquiſſimum genus ju-
risjurandi, aut potiùs vehementioris aſſeveratio-
nis etiam ſanctis viris uſurpatum, *Geneſ. cap. 42.
15.* μὰ ἣ ὑγείαν Φαραὼ, Per ſalutem Pharao-
nis.

In aſſiduam juriſdictionem] Ut jam non am-
pliùs cognitio de fideicommiſſis ſpeciatim in ſin-
gulis negotiis aut quotannis magiſtratibus mãda-
6 rentur, ſed ut perpetuò vi & poteſtate magiſtra-
tus ſui de fideicommiſſis omnibus jus dicerent;
quamquam extra ordinem, ut ſcilicet ipſi magi-
ſtratus cognoſcerent, non more judiciorum uſi-
tato formulam & judicem darent, Ulp. *tit. 25.* §.
10. unde fideicommiſſi perſecutio extraordinaria
dicitur, *leg. 178.* §. *2. de verb. ſign.* Juſtinianus
quidem, ut monuimus, *ſup.* §. *3. de legat.* in eo
quoque fideicommiſſa exæquavit legatis, ut iiſ-
dem ordinariis actionibus, quæ pro obtinendis
legatis olim competebant, quaſque ipſe poſtmo-
dum pro legatis omnibus conceſſit, *leg. 1. Cod.
comm. de legat.* liceret perſequi & fideicommiſ-
ſa, *leg. 2. eod.* Verùm hoc ad fideicommiſſa
rerum ſingularum dumtaxat, ſicut & univerſa 7
exæquatio, pertinet, eratque perſpicuè Myn-
ſingerus, dum id transfert ad fideicommiſſa
hæreditatis.

Prætor proprius crearetur] Pomp. *l. 2.* §. *capta.
32. de orig. jur.* tradit, Claudium duos prætores
creaſſe, qui de fideicommiſſis jus dicerent, ex qui-
bus unum D. Titius detraxerit. Sueton. in *Claud.
c. 23. Iuriſdictionem*, inquit, *de fideicommiſſis quo-
tannis & tantùm in urbe magiſtratibus delegari ſo-
litam, in perpetuum, atque etiam per provincias
poteſtatibus demandavit*. Quod etiam Ulp. *d. loc.*
confirmat, ſcribens, cognitionem de fideicommiſ-
ſis in provinciis fuiſſe præſidum provinciarum:
item *l. 5. C. de reb. cred.* Prætoris fideicommiſſarii
mentio fit *l. quæſitum 78.* §. *pen. de legat. 3. l. pen.
in fin. qui 3. ad lib. procl. l. ſi cui in pr. de cond. &
dem. l. 2. C. qui pot. in pign.* Neque tamen ſolius
prætoris in urbe juriſdictio de fideicommiſſis
propria tunc eſſe cœpit, ſed ita partita eſt, ut præ-
tor ad certam ſummam cognoſceret, de majore
conſules jus dicerent. Fab. *lib. 3. c. 6. Non debes*,
inquit, *apud prætorem petere fideicommiſſum, ſed
apud conſules: major enim prætoria cognitione ſum-
ma eſt.* Atque ita accipiendum quod Ulp. *d. tit. 25*
ſcribit, cognitionem de fideicommiſſis Romæ eſſe
conſulum; aut prætoris, qui fideicommiſſarius
vocatur.

Textus.

De fideicommiſſo hæredis ſcripti.

2. *In primis igitur ſciendum eſt, opus eſse
ut aliquis recto jure teſtamento hæres inſti-
tuatur, ejuſque fidei committatur: ut eam
hæreditatem alii reſtituat: alioqui inu-
tile eſt teſtamentum, in quo nemo hæ-
res inſtituitur. Cùm igitur aliquis ſcrip-
ſerit*, Lucius Titius hæres eſto, *poteſt
adiicere*, Rogo te, Luci Titi, ut cùm
primùm poteris hæreditatem meam adi-
re, eam Cajo Sejo reddas, reſtituas. *Po-
teſt autem quiſque & de parte reſtituenda
hæredem rogare: & liberum eſt, vel purè,
vel ſub conditione relinquere fideicommiſ-
ſum, vel ex certo die.*

Notæ.

2. *Recto jure teſtamento*] Scilicet cùm quis
teſtamento fideicommiſſum vult relinquere: nam
ſine inſtitutione hæredis teſtamentum conſiſtere
non poteſt, §. 34. *ſup. de legat.* Cæterùm poteſt
& ab inteſtato fideicommiſſum codicillis relin-
qui, §. 10. *inf. eod. Recto jure* id eſt, directo

jure,

Jure, Schol. Th. ὀρθῶς, ἐξ ἰθείας, ſic *rectum judicium* pro directò, *leg.18. §. ult. commod. recta vindicatio* pro directa, *leg.9. §.2. de acq. rer. dom.*

Vel ex certo die] Nam is, qui reſtituit, nihilominùs hæres manet; ut hic non offendatur regula, neminem poſſe pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum decedere, §. *ſeq.*

Commentarius.

1 *Quis cui à quo fideicommiſſum hæreditatis rectò relinquat.*

2 *Ex certo die aut in diem cur fideicommiſſum rectè detur, hæreditas non item.*

Obliqua acquirendæ hæreditatis ratio iiſdem illis rebus conſtat, quibus directam conſtare
1 diximus *ſup. §. ult. per quas perſ.* videlicet delatione fideicommiſſi, & delati ſuſceptione. Differre ſeu relinquere fideicommiſſum hæreditatis poſſunt, qui & teſtamentum facere, *l.2. de leg. 1. l.1. in pr. & ſeq. §§. de leg. 3. l.6. §.3. de jur. codic.* Relinqui iis poteſt, qui qualemqualem teſtamenti factionem habent, id eſt, vel paſſivam, ut loquuntur, *arg. §. legari 24. ſup. de leg. l.1. de legat. 1.* Neque ulla nunc eſt in hac parte differentia inter hęredum inſtitutiones aut legata & fideicommiſſa, ſive univerſalia ſive ſpecialia. Ab iis relinqui poteſt, ad quos hæreditas noſtra perventura eſt, ſive directè ſive obliquè, ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato, ſive jure civili ſive jure honorario, §. *præterea 10. inf. eod.* In modo relinquendi nihil intereſt, utrùm teſtamento relinquatur, an codicillis: at teſtamento à ſolo hærede inſtituto relinqui poteſt, codicillis etiam à legitimo. Suſceptio utriuſque factum & voluntatem deſiderat & hæredis fideicommiſſum reſtituentis, & fideicommiſſarii reſtitutum accipientis: de quibus omnibus, aut maxima eorum parte, amplius in progreſſu.

Recto jure teſtamento hæres inſtituatur] Cùm quis teſtamento fideicommiſſum vult relinquere, neceſſe omninò eſt, quod hic traditur, ut teſtator directò aliquem teſtamento hæredem inſtituat, eumque roget, ut hæreditatem alii reſtituat: quippè cùm ſine inſtitutione hæredis teſtamentum conſiſtere non poſſit, §. *ante 34. ſup. de legat.* Utrùm autem hæres inſtitutus eodem teſtamento rogetur an codicillis, nihil refert, §. *1. & 2. inf. de codic. l.8. eod.*

Vel ex certo die] Fideicommiſſo hæreditatis hoc cum legatis & fideicommiſſis rerum ſingularum
2 commune eſt, ut non tantùm purè aut ſub conditione, quomodò etiam directò poteſt hæres inſtitui, verùm etiam ex certo die aut in diem relinqui poſſit, ſicut legata & ſingulę res per fideicommiſſum, *l.1. & paſſ. tit. de cond. & dem.* quamvis directò hęreditas ita dari non poſſit. Nimirum diem hæredis inſtitutioni adjectum pro ſupervacuo haberi placet, ne teſtator poſt tempus aut medio tempore, atque ita pro parte inteſtatus decedat, quod juris civilis ſubtilitas non patitur, §. *hæres 9. ſup. de hær. inſt. l.7. de reg. jur.* At in reſtitutione hæreditatis hoc jus non offenditur, cùm is, qui reſtituit, nihilominus hæres maneat, §. *ſeq.*

Textus.

Effectus reſtitutionis hæreditatis.

3. *Reſtituta autem hæreditate, is quidem qui reſtituit, nihilominus hæres permanet: is vero, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.*

Notæ.

3. *Nihilominus hæres permanet*] Jure noſtro qui ſemel hæres extitit, non poteſt deſinere hæres eſſe, *l.88. de hær. inſt. l.7. §.10. de minor.* quamquam reſtituta tota hæreditate nudum tantùm nomen hæredis retinet.

Commentarius.

Regula eſt juris antiqui, *Qui ſemel hæres extitit, non poteſt deſinere hæres eſſe, l. ei qui 88 in fin. de hær. inſt. l.7. §. ſed quod 10. in fin. de minor.* quæ regula ex eo ſumpta eſt, quòd placet obligationem & actionem à perſona ejus, cui aut adversùs quem ſemel quæſita eſt, avelli non poſſe: de quo diligentiùs, Deo volente, præcipiemus *inf. ſub §.1. de actionib.* Hoc igitur jure conſtituto conſequens eſt, nec eum, qui rogatu defuncti hæreditatem alii reſtituit, hæredem eſſe deſinere, ac proinde ipſum nihilominus tanquam hæredem & experire actionibus hæreditariis & conveniri poſſe. Cæterùm Trebelliano Senatuſconſulto effectum eſt, ut reſtituta hæreditate, is qui reſtituit, nudum tantùm nomen hæredis retineat, atque ut agens exceptione hæreditatis repelli, & conventus alios repellere poſſit, *l.1. §.4. ad SC. Treb.*

Aliquando hæredis, aliquando legatarii loco] Loco hæredis habebatur, ſi reſtituta eſſet hæreditas ex Senatuſconſulto Trebelliano; loco legatarii, ſi ex Pegaſiano reſtitutio fieret, ut mox declarabit, & Ulpianus oſtendit *tit. 25 §.12.* Nam quod Giphanius ſcripſit, fideicommiſſarium legatarii loco habitum, ſi pars tantùm hæreditatis ei reſtituta eſſet, falſum eſſe apparet ex §: *ergo 6. inf. eod.*

Textus.

De Senatuſconſulto Trebellianico.

4. *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo, & Annæo Seneca Coſſ. Se-*

natuſ-

natuſconſultum factum eſt, quo cautum eſt, ut ſi hæreditas ex fideicommiſſi cauſa reſtituta ſit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi & in hæredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas. Poſt quod ſenatuſconſultum prætor utiles actiones ei & in eum, qui recepit hæreditatem, quaſi hæredi & in hæredem dare cœpit.

NOTÆ.

4. *Quæ jure civili*] Ex ſenatus ſententia & honorariæ actiones tranſeunt, *leg. 40. h. t. ad S.C. Treb.*

Ei & in eum darentur, &c.] Quò magis in reliquum confirmarentur defunctorum voluntates *l. 1. §. 2. 3. & 4. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in Catalogo conſulum non recenſeantur Trebellius & Seneca.*

2 *Quæ incommoda huic Senatuſconſulto cauſam dederint.*

3 *Cur cùm Senatuſconſulta ſint pars juris civilis, ſenatus eum, cui reſtituta eſt hæreditas, hæredem non fecerit, ſive & in eum non dederit actiones directas.*

4 *Quod juris, ſi debitor hæredi, aut hæres creditori ſolverit poſt factam reſtitutionem.*

1 TRebellio Maximo & Annæo Seneca Coſſ.] Hoc idem teſtatur & Ulpian *leg. 1. ad Treb.* Cæterùm hi conſules non reperiuntur in Faſtis, ſeu indice conſulum; quare credendum eſt, eos non fuiſſe ordinarios ſive initio anni creatos, ſed ſuffectos in locum demortuorum aut remotorum: quippe, ut Dio *lib. 43. & 48.* refert, anni conſulum ab his duobus, qui primis duobus menſibus creati eſſent, nomen acceperunt; qui reliquis creabantur menſibus, in ſenatuſconſultis & auctoritatibus ſcribebantur, quod confirmat hic locus: cui ſimilis eſt in *§. ſeq* nam neque Pagaſi & Puſionis faſti meminerunt: & in *leg cum vero 26. §. ſubventum 7. de fideic. libert.* ubi mentio fit Senatuſconſulti Rubriani, quod factum dicitur temporibus D. Trajani Rubrio Gallo & Cælio Hiſpone Coſſ. qui & ipſi in catalogo conſulum non recenſentur, ut ſuffectos eos fuiſſe oporteat. Igitur cùm multi conſules Romæ ſub Impp. fierent per ſuffectionem, nemo ex ſuffectis in faſtos referebatur, ſed ſoli duo, qui anni initio magiſtratum auſpicati eſſent. Quamobrem excuſandus eſt Auſonius, qui in *grat. act. ad Gratianum* negat Senecam conſulem fuiſſe.

Omnes actiones] In omni legato & fideicommiſſo ineſt hæc conditio, ſi hæres, à quo relicta ſunt, hæres extiterit: quod in fideicommiſſis ex reſtituendi verbo ſatis intelligitur. Qua de cauſa ſi hæres aut adire hæreditatem noluerit, aut antequàm adeat, mortuus ſit, aliave ratione defecerit, hic eveniet, ut deſtituto teſtamento, fideicommiſſum quoque pereat, uti cætera, quæ in teſtamento ſcripta ſunt, non adita hæreditate irrita fiunt, *l. 9. de teſt. tut. l. eam quam 14. Cod. de fideic. l. 13. §. quid ergo 3. l. ita tamen 27. §. quotiens 6. ad ſent. Trebell.* Cùm autem hæredes, qui rogati erant hæreditatem reſtituere, aut metu
litium, aut prætextu metus hæreditatem adire 2
plerumque recuſarent: cùmque eſſet æquiſſimum eos onera ſubire, in quos jus fructuſque transferretur, potius quàm cuiquam fidem ſuam eſſe periculoſam, Senatuſconſulto Trebelliano dubitatio hæredum cum metu incommodi ſublata eſt, cautumque, ut quæ actiones in hæredem competunt, darentur in eum, cui ex fideicommiſſo reſtitueretur hæreditas, quò magis in reliquum confirmarentur ſupremæ defunctorum voluntates *l. 1 §. 2. & 3. eod.*

Quæ jure civili] Senatus loquitur de transferendis iis actionibus, quæ jure civili hæredi & in hæredem competunt: tranſeunt tamen ex ſenatus ſententia & actiones honorariæ, veluti actio ex conſtituto, ex jurejurando, & ſimiles: imò & cauſam naturalium obligationum tranſire placet, *leg. quamvis 40. leg. ſi ejus 64. in pr. eod.*

Ei & in eum] Quemadmodum ſenatus hæredibus ſubventum voluit in eo, quòd actiones, quæ in hæredem competebant, dari voluit in fideicommiſſarium, ut poſſet hæres, ſi à creditoribus hæreditariis conveniretur, uti exceptione reſtitutæ hæreditatis: & ſubvenit fideicommiſſariis in eo, quòd actiones, quæ hæredi competebant, fideicommiſſario dari voluit, cui ſoli ob hoc agendi efficaciter facultas competit; hæres autem agens per exceptionem à creditoribus hæreditariis repelli poteſt, *d. l. 1. §. 4.* Planè non ultra actiones ex Senatuſconſulto tranſeunt quàm pro ea parte hæreditatis, quæ rogatu teſtatoris reſtituta eſt, *§. 6. inf. eod.*

Prætor utiles actiones] Licèt Senatuſconſulta pars ſint juris civilis, ac proinde per Senatuſcon-
ſultum hæres effici poſſit, ut efficitur Senatuſcon- 3
ſultis Tertylliano & Orficiano; eum tamen, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſt hæreditas, ſenatus hæredem non fecit, propterea quòd jam alius jure civili per aditionem hæres factus locum obtinet, quem ſtricta juris ratio non patitur deſinere hæredem eſſe: quæ eadem porrò ratio efficit, ut nec directæ actiones ad fideicommiſſarium tranſire queant, ſed ut ſemel hæredi quæſitæ ſunt ita perpetuò apud eum maneant, neque à perſona ejus poſſint ſeparari. Cùm igitur actiones directæ non poſſint & apud hæredem manere & ſimul pari jure fideicommiſſario aut in fideicommiſſarium dari, prætor ex auctoritate ſenatus utiles ei & in eum, tanquam hæredi & in hæredem, actiones dedit, ut hic ſcriptum eſt: convenit *l. filiusfam. 18. §. ult. ad leg. Falc. & l. pen. in fin. hoc ti.* Neque injuria fit creditoribus hæreditariis, quòd actiones eorum directæ mutentur in utiles: nam

nova

nova utilis, quæ ſuccedit, ejuſdem cum vetere poteſtatis eſt, eumdemque effectum habet, *l. pro pen. de neg. geſt.* In ſumma Senatuſconſulto Trebelliano hoc effectum eſt, ut actiones, quæ hæredi & in hæredem jure civili competunt, poſt reſtitutionem hæreditatis in perſona hæredis inutiles ſint, utque agens exceptione repelli, conventus alios repellere poſſit. Contra verò in perſona fi-
4 deicommiſſarii ſint efficaces, ut is ſolus & agat efficaciter & conveniatur. Sed quid ſi debitor poſt reſtitutionem hæreditatis hæredi ſolverit? aut quid ſi hæres poſt reſtitutionem factam ſolverit creditori? Poterit ſolutum per condictionem indebiti repeti, *l. ſi ejus 64. in pr. eod.* quippe cùm poſt reſtitutionem inutilis planè atque inefficax per Senatuſconſultum in perſona hæredis obligatio fiat, & vinculum quoque æquitatis collatur, ita ut nuda tantùm civilis obligatio remaneat. Enim verò ſi hæres aut debitor ſolverint, cùm ſcirent, ſe tutos eſſe exceptione, ceſſabit condictio, *l. ſi non ſortem 26. §. 3. de cond. ind.* quoniam donare voluiſſe præſumuntur, *l. cujus 53. de reg. jur.*

Textus.

De SC. Pegaſiano.

5. *Sed quia hæredes ſcripti, quum aut totam hæreditatem, aut pœnè totam plerumque reſtituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recuſabant, atque ob id extinguebantur fideicommiſſa; poſtea Veſpaſiani Auguſti temporibus, Pegaſo & Puſione Coſſ. ſenatus cenſuit, ut ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex ſingulis quoque rebus, quæ per fideicommiſſum relinquuntur, eadem retentio permiſſa eſt. Poſt quod ſenatuſconſultum ipſe hæres onera hæreditaria ſuſtinebat; ille autem, qui ex fideicommiſſo recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loco erat, id eſt, ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur: quæ ſpecies legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ ſolebant ſtipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum, qui ex fideicommiſſo recepit hæreditatem & hæredem, id eſt, ut lucrum & damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune eſſet.*

Notæ.

5. *Partiebatur hæreditatem*] Id eſt, res hæreditatis: neque enim legatarius partiarius efficiebatur ſucceſſor juris, ullæve actiones hæreditariæ ei, inve eum dabantur.

Commentarius.

1 *Quæ incommoda Pegaſiano Senatuſconſulto cauſam dederint.*
2 *Hoc Senatuſconſulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommiſſa hæreditatis.*
3 *Diſcrimen legis & Senatuſconſulti circa res, quæ imputantur.*
4 *An hoc demum Senatuſconſulto Falcidia producta ad fideicommiſſa ſingularia.*
5 *Trebelliani & Pegaſiani differentia.*
6 *Legatarius partiarius, & ſtipulationes partis pro parte.*

Tametſi Senatuſconſulto Trebelliano cautum erat, ut omnia onera hæreditaria in 1
eum, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas, transferrentur; id tamen nondum ſufficiebat ad invitandum hæredem ad adeundam hæreditatem. Quamvis enim nullum damnum poſt hoc Senatuſconſultum hæredi adeunti & reſtituenti immineret, tamen ut eſt ingenium humanum, recuſabant adhuc plerumque hæredes ſcripti adire hæreditatem alieni emolumenti cauſa, unde ipſi nullum, aut exiguum lucrum perceptu ri erant: atque ita fiebat adhuc, ut fideicommiſſum hæreditatis ſæpè intercideret. Huic igitur incommodo occurſum eſt Senatuſconſulto Pegaſiano, cautumque, ut ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia legatis conceditur.

Perinde, &c. atque ex lege Falcidia] Quod lex 2
Falcidia in legatis, illud ipſum valet Senatuſconſultum Pegaſianum in reſtituenda hæreditate. Quin potiùs hoc Senatuſconſulto vis legis producta eſt ad fideicommiſſa hæreditatis. Juſtinianus *orat. ad Senat.* Pegaſianum factum eſſe ait πρὸς τὴν τοῦ Φαλκιδίου μίμησιν. Atque hinc eſt, quòd veteres etiam quartam hujus Senatuſconſulti, quam nunc vulgò Trebellianicam vocant, non quartam Pegaſiani, ſed quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ perpetuò appellarint, ut videre eſt in *l. cohæredi 41. §. 3. de vulg. & pup. l. 2. §. ul. de jur. cod. l. 18. l. in ratione 30. §. tametſi 7. l. 47. §. 1. l. Titia 86. l. acceptis 93. ad l. Falc. l. 2. l. 3. l. mulier 22. §. 2. l. ſi patrono 55. §. 2. l. deducta 58. §. 3. hoc tit. ad Senatuſconſ. Treb. l. 1. l. 10. l. 11. Cod. ad leg. Falc. Ulp. tit. 25. §. 14. ſup. quib. mod. teſt. inf. §. 3*
Eſt tamen adhuc aliquod diſcrimen circa res, quas 3
in haſce quartas imputari placet. Nam in Falcidiam, quæ ex legatis deducitur, ea tantùm imputantur, quæ jure hæreditario hæres capit; in quadrantem verò Pegaſianum etiam ea, quæ hæres fidu-

fiduciarius capit jure legati vel fideicommiſſi, aut implendæ conditionis cauſa, *l quod autem 74. l. id autem 76. l. in quartam 91. ad leg. Falc.* Quæ differentia ultra dodrantem legari vetat, ut proinde apud hæredem quarta pars non quarumlibet rerum, ſed hæreditatis manere debeat; non prohibet autem ſenatus ultra dodrantem hæredi fideicommitti: tum etiam, quòd Falcidia voluntati teſtatoris ſubſervit, quem veriſimile non ſit legatis patrimonium ſuum exhaurire voluiſſe; ſed potius, opinioni ejus non reſpondere calculum facultatum: at Senatuſconſultum manifeſtè teſtatoris voluntati adverſatur, quæ hæc eſt, ut reſtituta hæreditate apud hæredem nihil præter nudum nomen hæredis remaneat. Planè nec pars ea prælegati, quæ á cohærede accipitur, hæredi fiduciario in quartam imputatur, *l. 18. §. ult. hoc tit. l. Titia 86. d. l. in quartam 91. ad leg. Falc. l. filium 24. C. fam. erc.* fortè quòd veriſimile non ſit, teſtatorem, qui portionem cohæredis hactenus imminuit, voluiſſe, ut alteri id in quartam partem ejus partis, quàm reſtituere juſſus eſt, imputaretur. Variant tamen in hac re interpretes: videſis *Dion. 7. comm. 30. & 8. c. 26. Ant. Fab. 6. conject. 3. 4. & 5. Cujac. 8. obſ. 4. Fachin. 5. contr. 15. & 16. qui & alios citat. Bachov. in Treutl. vol. 2. diſput. 13. theſ. 3.*

Ex ſingulis quoque rebus] Hinc plerique colli-
4 gunt, ante Senatuſconſultum Pegaſianum non licuiſſe hæredi quartam partem de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis retinere, atque hoc demum Senatuſconſulto legem Falcidiam productam etiam ad fideicommiſſa particularia: quod quamobrem mihi non probetur, & cur hoc jus antiquius Senatuſconſulto exiſtimem, expoſui *ſup. tit. prox. in pr.* Illa etiam ratio nunc me movet, quòd utrumque Senatuſconſultum circa idẽ ſubjectum verſetur. Nam etſi non idem Senatuſconſulto Pegaſiano cautum eſt, quod antea cautum erat Senatuſconſulto Trebelliano: de eodem tamen utroque cautum eſſe conſtat, videlicet de hærede rogato reſtituere hæreditatem, non de eo, qui oneratus ſit fideicommiſſis particularibus Verba Trebelliani referuntur in *l. 1. §. hoc tit.* Igitur quartæ de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis detractio, Pegaſiano Senatuſconſulto accepta ferri non debet, ſed juri antiquiori, & ipſi legi Falcidiæ ex interpretatione prudentum. Neque obſtant verba hujus textus: quippè quibus hoc ſolum ſignificari exiſtimo cum Bachovio, ut ſi hæres & hæreditatem partemve hæreditatis reſtituere juſſus eſt, & inſuper ab eo particularia fideicommiſſa relicta ſunt, non tantùm quartam deducere poſſit ex fideicommiſſo hæreditatis, ſed pro rata etiam ex particularibus relictis; quemadmodum eodem modo pro rata quoque detrahеretur ex legatis, ſi quæ teſtator ſimul reliquiſſet, *l. 3. §. 2. hoc tit. ad Senatuſconſ. Treb.* Quis ſit hujus diſputationis fructus, intelliges ex iis, quæ *n. 3. add. Vaſ. de ſucceſſ. reſol. lib. 2. §. 1. D. Tulden.*
5 *comm. in tit. ſeq. c. 4.*

Ipſe hæres onera ſuſtinebat] Trebellianum transferebat onera in fideicommiſſarium; retentionem autem nullam permittebat. Pegaſianum retentionem quartæ partis concedebat; onera verò nulla transferebat, quaſi ſufficere hæredibus deberet, quòd quarta pars ipſorum lucro cederet: ob cujus commodi perceptionem onera & judiciorum moleſtias ſubirent, nomina hæreditaria perſequerentur, ac juris erat ex lege antiqua 12. tab. *l. ea quæ 6. C. fam. erc.* Igitur reſtituta ex Senatuſconſulto Pegaſiano hæreditate, id eſt, quarta ex auctoritate hujus Senatuſconſulti contra voluntatem teſtatoris retenta, ipſe hæres ſolus atque in ſolidum onera hæreditaria ſuſtinebat, ceſſante videlicet Senatuſconſulto Trebelliano, utpote cui locus non erat, niſi ubi ſecundùm voluntatem defuncti hæres reſtituiſſet *§. ſeq.*

Legatarii partiarii loco erat] Univerſitatem alicui legati poſſe, id eſt, partem dimidiam, ter- 6
tiam, aut quartam bonorum aut hæreditatis, docuimus *ſup. de legat. in pr.* Neque tamen hunc legatarium, quem partiarium appellabant, fuiſſe ſucceſſorem juris, ullaſve actiones hæreditarias ei inve eum datas, ſed partem bonorum ſibi legatam ſine ullo incommodo obtinuiſſe: id quod verum eſſe hic locus clarè oſtendit: nam ſi actiones in hujuſmodi legatarium tranſiſſent, quemadmodum ex Senatuſconſulto Trebelliano tranſeunt in eum, qui recipit hæreditatem, non magis opus fuiſſet interpoſitione ſtipulationum partis & pro parte, quarum hic fit mentio, inter hæredem & legatarium partiarium, quàm inter hæredem, & eum, cui ex Trebelliano reſtituitur hæreditas.

Partitio vocabatur] Is cui pars bonorum legata erat, legatarius partiarius dicebatur, atque hæc legati ſpecies partitio, *Vlpian. tit. 24 §. 23. & tit. 25. §. 13.* Meminit & *Cic. 2. de legib.* Rationem appellationis hanc eſſe ait Juſtinianus, quoniam cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem id eſt, res hæreditarias ſeu univerſa bona: quo modo hæreditas vendi dicitur: neque enim legatarius partiarius efficiebatur ſucceſſor juris, ut jam dictum eſt.

Vnde quæ ſolebant ſtipulationes, &c.] Inter hæredem & legatarium partiarium ſolebant interponi ſtipulationes de lucro & damno communicando, quæ propriè dicebantur partis & pro partes, *§. ſeq.* quippè hæres, ſive quid deberet hæreditas, ſolvebat, ſi quid deberetur, idem exigebat: ſed antequàm hæreditatem adiret, ſtipulabatur à legatario partiario, *Si quid à me ſolutum ſit, ejus te partem redditurum ſpondes?* & viciſſim alter ab hærede; *Si quid exegerit, ejus partem mihi daturum ſpondes?* Quæ ſtipulationes poſtea inter hæredem quoque, & eum, cui deducta quarta ex Senatuſconſulto Pegaſiano reſtituebatur hæreditas, interponi cœperunt, ut remedio harum ſtipulationum lucrum & damnum pro rata parte communicaretur: nam ſolus hæres hoc caſu actiones & exercebat & excipiebat, *vid. Paul. 4. ſent. 3. Vlp. tit. 25. §. 13. Theoph. hic.*

Tex-

Textus.

Quibus caſibus locus eſt SC. Trebell. vel Pegaſiano.

6. Ergo ſi quidem non plus quàm dodrantem hæreditatis ſcriptus hæres rogatus ſit reſtituere, tunc Trebelliano Senatuſconſulto reſtituebatur hæreditas, & in utrumque actiones hæreditariæ pro parte rata dabantur: in hæredem quidem jure civili, in eum verò, qui recipiebat hæreditatem, ex Senatuſconſulto Trebelliano, tamquam in hæredem. At ſi plus quàm dodrantem, vel etiam totam hæreditatem reſtituere rogatus eſſet, locus erat Pegaſiano Senatuſconſulto: & hæres, qui ſemel adierat hæreditatem (ſi modo ſua voluntate adierat) ſive retinuerat quartam partem, ſive retinere noluerat, ipſe univerſa onera ſuſtinebat. Sed quarta quidem retenta, quaſi partis & pro parte ſtipulationes interponebantur, tamquam inter partiarium legatarium & hæredem; ſi verò totam hæreditatem reſtitueret, emptæ & venditæ hæreditatis ſtipulationes interponebantur. Sed ſi recuſabat ſcriptus hæres adire hæreditatem, ob id quod diceret, eam ſibi ſuſpectam eſſe, quaſi damnoſam, cavebatur Pegaſiano Senatuſconſulto, ut deſiderante eo cui reſtituere rogatus eſſet, juſſu prætoris adiret, & reſtitueret hæreditatem: perindeque ei & in eum, qui reciperet hæreditatem, actiones darentur, ac juris eſt ex Trebelliano Senatuſconſulto: quo caſu nullis ſtipulationibus eſt opus: quia ſimul & huic, qui reſtituit, ſecuritas datur, & actiones hæreditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hæreditatem: utroque Senatuſconſulto in hac ſpecie concurrente.

Notæ.

6. *Locus erat Pegaſiano*] quippè quo quartæ deductio inducta, omiſſa Sc. Trebelliano, Vveſemb.

Emptæ & venditæ hæreditatis] Fideicommiſſarius ſtipulabatur hoc modo; *Quanta pecunia ad te pervenerit, tantam dari ſpondes, l. 37. de pecul. l. 50. §. de verb. obl.* Hæres contra ſic: *Quantam pecuniam hæreditatis cauſa præſtitero, ſolvero, tantam dari ſpondes.* Hoc enim inter emptorem & venditorem hæreditatis agitur, ut nec plus nec minus juris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum eſſet, *l. 2. de hær. vel act. vend.*

Si recuſat hæres adire] Vid. Ulp. *leg. 4. hoc tit. Vinnius in Inſtit. & in fragm. tit. 25. §. 14.* Cajum *l. 17. ſi quis om. ca. teſt.*

Commentarius.

1 *An hæres, qui ultro totum quod rogatus eſt, reſtituit, ſolus onera ſubeat ex Pegaſiano.*
2 *Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis.*
3 *Caput Senatuſconſulti de coactione recuſantis adire.*

N*On plus quàm dodrantem*] Senatuſconſulti Pegaſiani duo principalia capita fuere, quorum uno cavebatur de hærede rogato totam hæreditatem aut plus quàm dodrantem reſtituere; alter de eo hærede fiduciario, qui adire hæreditatem recuſabat: nihil autem hoc Senatuſconſulto cautum de hærede, qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habens ultro hæreditatem adiit. Itaque hoc caſu reſtitutio fiebat ex Senatuſconſulto Trebelliano, & pro rata actiones transferebantur in fideicommiſſarium ſine ope ſtipulationum, *Ulp. tit. 25. §. is qui 12.*

Pro parte rata] V. c. Hæres rogatus quarta parte retenta reliquam hæreditatem reſtituere, fidem præſtitit. Exiſtit creditor hæreditarius, cui centum debentur: huic in 75. utilis ex Trebelliano adversùs fideicommiſſarium actio datur, in reliqua 25. directam habet jure civili adversùs hæredem.

Si modò ſua voluntate]Nam ſi à prætore coactus adjerat, transferebantur actiones omnes in fideicommiſſarium, ut cautum erat Senatuſconſulto Trebelliano: de quo mox plura.

Ipſe univerſa onera ſuſtinebat] Ait, hæredem rogatum totam hæreditatem aut ſuper dodrantem reſtituere, ſi modò ſua ſponte hæreditatem adiiſſet, etiamſi eam ſecundùm voluntatem defuncti reſtituiſſet, id eſt, ſine deductione quartæ, univerſa onera hæreditaria ſuſtinuiſſe, atque ita nec hoc caſu actiones in eum, qui recipiebat hæreditatem, poſt Senatuſconſultum Pegaſianum fuiſſe translatas: quod perquàm abſurdum videtur. Utique enim propter commodum, quod hæres ex eo Senatuſconſulto conſequebatur, ut contra voluntatem defuncti quartam partem retinere poſſet, viciſſim ſenatui viſum eſt, ipſum ſolum onera hæreditaria ſuſtinere; quo caſu etiam neceſſariò ceſſat Senatuſconſultum Trebellianum. At ut hæres eo etiam caſu, qui ultro voluntati defuncti paret, totumque quod rogatus eſt reſtituere, reſtituit, onera hæreditaria ſolus ſubeat, nulla ratio eſſe videtur; quippe cùm hic non minùs reſtitutio fieri poſſit ex Senatuſconſulto Trebelliano, atque actiones ex eo transferri, quàm cùm hæres ex voluntate teſtatoris quartam integram habet, & reliquum reſtituit; quo caſu actiones pro rata in fideicommiſſarium dari, in *pr. hujus §.* dictum eſt. Finge hæredem rogatum dextantem reſtituere, cumque plenam fidem defuncto præſtare malle, 1

quàm contra ejus voluntatem aliquid retinere poteſtate Senatuſconſulti Pegaſiani. Cur hoc caſu non æquè fieri poſſit reſtitutio ex Senatuſconſulto Trebelliano, & actiones pro dextante transferri in fideicommiſſarium, quàm cùm ubi dodrantem reſtituere juſſus eſt, & reſtituit, transferuntur pro dodrante? Diverſi juris non alia fuiſſe videtur ratio, quàm quòd cùm hęres ſalvum habet quadrantem ex judicio defuncti, Senatuſconſulto Pegaſiano uti non poteſt, etiamſi maximè velit: nam ad hunc caſum Senatuſconſultum illud non pertinet, ſed intacta hactenus prioris Senatuſconſulti manſit auctoritas. At verò cùm plus quàm dodrantem rogatus eſt reſtituere, tum uti poteſt poſteriore Senatuſconſulto, quod in hunc caſum proſpexit, & prioris vim ac poteſtatem quodammodò ſuſtulit. Quamobrem ſi is, qui beneficio Pegaſiani juvari poterat, eo uſus non ſit, remiſiſſe illud, atque in hoc hæredi fideicommiſſario gratificari voluiſſe cenſetur, ut tam oneribus hæreditariis obſtrictus maneat, quàm ſi detracta quarta reliquum dumtaxat reſtituerit. Facit eò, quod ſcribit Paulus, *4. ſent. 3. §. ult.* qui totam hæreditatem reſtituit, cùm quartam retinere ex Pegaſiano debuiſſet, repetere eam non poſſe. Cæterum ut arbitror, aut ſummi juris ratio hoc efficiebat, aut quod magis puto, pertinuit ad eum caſum, quo hæres, qui Pegaſiano uti poterat, totam hæreditatem ſimpliciter reſtituit. Quòd ſi enim nominatim teſtatus fuiſſet, velle ſe hæreditatem reſtituere ex Senatuſconſulto Trebelliano actionum transferendarum cauſa, non video cur hoc admitti non debuerit. Imò reſtitutionem ita ex Trebelliano ſolitam fieri, expreſsè tradit Paul. *d. lib. & tit.* §. 1. & Modeſtin. *leg. qui totum 45. hoc tit.* quo tamen loco conſultius putat, ſuſpectam ut hæres dicat hæreditatem, coactuſque à prætore reſtituat; quo & ipſo caſu ex Trebelliano reſtitutio fieri intelligitur, & actiones transferuntur: atque hoc etiam Cujacius obſervaſſe videtur, qui in *not. ad Paul.* ſcribit, eum qui totam hæreditatem reſtituere rogatus eſt, ſi Falcidiam omittat fidei explendæ gratia, vel ex Senatuſconſulto Pegaſiano reſtituere debere, interpoſitis emptæ & venditæ hæreditatis ſtipulationibus, vel quod expeditius eſt, ex Senatuſconſulto Trebelliano, aut vi prætoris ex Pegaſiano coactus, nullis interpoſitis ſtipulationibus.

Quaſi partis & pro parte] De quibus dictum §. *præc.* Nam ad exemplum partis & pro parte ſtipulationum, quæ de lucro & damno communicando interponi ſolebant inter hæredem & legatarium partiarium, hæ quoque in cauſa interponebantur inter hęredem & fideicommiſſarium, ut inter illum pro quadrante & hunc pro dodrante commoda & incommoda communicarentur, *Ulp. tit. 25. §. 13. Paul. d. lib. & tit. in pr. Theoph. hic.*

2 *Emptæ & venditæ hæreditatis*] Cùm tota hæreditas rogatu defuncti ſponte reſtituebatur, emptæ & venditæ hæreditatis ſtipulationes interponebantur. Quales illæ ſtipulationes fuerint, nuſquam diſertè traditum eſt, niſi quadantenus apud Ulpian. *l. in illa 50. §. 1. de verb. obl.* ubi hæc ex parte emptoris profertur; *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum eſt eritve, quo minùs pervenias,* ſubaudiendum, *tantam dari ſpondes?* Ex quo cum Hotomanno ſuſpicari licet, hanc ferè contrariæ ſtipulationis formulam fuiſſe? *Quantam pecuniam hæreditatis cauſa præſtitero, ſolvero, tantam dari ſpondes?* Etenim inter emptorem & venditorem hæreditatis id agi conſtat, quod Ulpian. ſcribit, *l. 2. de hær. vel act. vend.* ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum eſſet, effectu ſcilicet: neque enim vi iſtarum ſtipulationum actiones hæreditariæ in emptorem transferri potuerunt. At enim verò, ut non multò ante probavimus, potuit hoc caſu & ex Trebelliano nominatim reſtitutio ſic fieri, ut actiones transferrentur ſine interventu hujuſmodi ſtipulationum.

Si recuſabat hæres ſcriptus] Alterum hoc principale caput Senatuſconſulti Pegaſiani fuit, ut ſi hæres recuſaret adire hæreditatem, juſſu prætoris adire & reſtituere cogeretur, *leg. 4. l. 6. §. 2. l. 14. §. pen. & paſſim hoc tit. l. ſi quis 17. ſi quis om. cauſ. teſt. Ulp. tit. 25. §. 14.* At inquies, cùm adire facti ſit, ad quod nec ſervus à domino præcisè compelli poteſt, *l. 3. C. hær. inſt.* quomodò ad id compelletur hæres? Compelli præcisè poſſe, non exiſtimo, ſed contumaciam hæredis pro aditione habendam, *l. pen. §. 1. C. hoc tit.* 3

Quaſi damnoſam] Sufficit autem hoc ab hærede allegari: neque enim inquiritur, ſolvendo ſit hæreditas nec ne. Sed neque præſcribitur hæredi cur metuat hæreditatem adire, vel cur nolit; cùm variæ ſint hominum voluntates, quorumdam negotia timentium, quorumdam vexationem, quorumdam æris alieni cumulum, tametſi locuples videatur hæreditas, quorumdam offenſas vel invidiam, quorumdam gratificari volentium his, quibus hæreditas relicta eſt, ſine onere tamen ſuo, *d. l. 4. hoc tit.*

Quo caſu nullis ſtipulationibus eſt opus] Juſſu prætoris adita & reſtituta hæreditate, ei & in eum, qui recipit hæreditatem, actiones dantur perinde atque ſi ex Trebelliano Senatuſconſulto reſtituta fuiſſet, idque ut ita fiat, Pegaſiano Senatuſconſulto cautum eſſe ſcribit *Ulp. d. tit. & §.* Quamobrem nullis hic ſtipulationibus opus erit. Ut autem reſtituenti hoc caſu proſpectum, ne ullum damnum ſentiat, ita viciſſim omne commodum amittit, quod ſi cogi ſe paſſus non eſſet, vel beneficio Pegaſiani, vel ex voluntate defuncti percipere potuiſſe, *d. l. 4. d. l. 14. §. qui compulſus 4. l. ita 27. §. 2. & §. præceptis 14. h. tit.*

Utroque Senatuſconſulto concurrente] Nam quod hæres invitus cogebatur adire à prætore, id erat ex Senatuſconſulto Pegaſiano; quod actiones transferrentur in eum, qui recipiebat hæreditatem, ex Trebelliano.

TEXTUS.

Pegaſiani in Trebellianum transfuſio.

7. *Sed quia ſtipulationes ex Senatuſconſulto Pegaſiano deſcendentes & ipſi antiquitati diſplicuerunt, & quibuſdam caſibus captioſas eas homo excelſi ingenii Papinianus appellat; & nobis in legibus magis ſimplicitas, quàm difficultas placet: ideò omnibus nobis ſuggeſtis tam ſimilitudinibus, quàm differentiis utriuſque Senatuſconſulti, placuit, exploſo Senatuſconſulto Pegaſiano, quod poſtea ſupervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatuſconſulto præſtare, ut ex eo fideicommiſſariæ hæreditates reſtituantur: ſive habeat hæres ex voluntate teſtatoris quartam, ſive plus, ſive nihil penitus: ut tunc quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deeſt, ex noſtra auctoritate retinere, vel repetere ſolutum, quaſi ex Trebelliano S.C. pro rata portione actionibus tam in hæredem, quàm in fideicommiſſarium competentibus. Si verò totam hæreditatem ſponte reſtituerit, omnes hæreditariæ actiones fideicommiſſario, & adversùs eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegaſiani Senatuſconſulti fuerat, ut quando recuſaret hæres ſcriptus ſibi datam hæreditatem adire, neceſſitas ei imponeretur totam hæreditatem volenti fideicommiſſario reſtituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones. Et hoc transpoſuimus ad Senatuſconſultum Trebellianum, ut ex hoc ſolo neceſſitas hæredi imponatur, ſi ipſo nolente adire, fideicommiſſarius deſideret reſtitui ſibi hæreditatem nullo nec damno nec commodo apud hæredem remanente.*

NOTÆ.

7. *Vel quartam, vel quod deeſt*] Hinc Interp. quartam hanc dixerunt Trebellianicam. Veteribus autem numquam alio nomine, quàm Falcidiæ appellatur, ut *ſup.* §. 5. oſtendit: ac proinde dubitandum non eſt, quin quod Juſtin. *Nov.* 1. *c.* 2. conſtituit teſtatorem poſſe Falcidiæ deductionem prohibere, hæredemque, qui inventarium non fecit, beneficium legis amittere, ex æquo ad utramque quartam pertineat.

Vel repetere ſolutum] Solutum ſcilicet errore facti, non juris, *l.* 9. *Cod. ad leg. Falc.* v. g. Qui 100. in bonis habebat, 100. legavit. Hæres integra legata ſolvit. Si errore facti, credens eam eſſe quantitatem patrimonii defuncti, ut exolutis legatis adhuc abundè ſibi ad quartam Falcidiæ ſuperſit, repetitionem habet: ſi errans in jure, non habet. Id eſt, ſi non ignorabat quantitatem ſubſtantiæ: putabat autem ſe quartæ retentionem non habere. Idemque juris eſt in reſtitutione fideicommiſſi, ut hic.

Pro rata portione] *l.* 1. *C. h. t.* Onera tamen legatorum ad ſolum fideicommiſſarium ſpectant, *leg.* 1. §. *ult. D. eod.* & ibi Accurſ. DD. in *leg.* 2. & *ult. Cod. eod.* niſi minus dodrante reſtituere hæres rogatus ſit; tunc enim pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum onera ad eum pertinent, *l.* 1. §. *pen. eod.* Gloſſ. & DD. *ubi ſup.*

Totam hæreditatem ſponte] Dum fidum obſequium defuncti precibus præbere deſiderat, *leg.* 45. *ad SC. Treb.* & pleniore officio fidei præſtandæ fungi, *leg.* 5. §. 15. *de don. int. vir.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur ſtipulationes ex Senatuſconſulto Pegaſiano deſcendentes captioſæ viſæ.*
2 *An hæres qui non confecit inventarium, amittat quartam Senatuſconſulti: & an teſtator deductionem hujus quartæ vetare poſſit.*
3 *Duplex deductio juxta c. Raynutius.*
4 *Pro qua parte actiones tranſeant aut remaneant.*
5 *Explicatur l.* 5. *C. h. t.*
6 *Legatorum onera ad ſolum fideicommiſſarium pertinere.*

TRansfunditur hoc loco vis omnis Senatuſconſulti Pegaſiani in Trebellianum, ut jam ex ſolo Senatuſconſulto Trebelliano reſtituatur hæreditas. Itaque hæres nunc quaſi ex hoc Senatuſconſulto quartam, vel quod quartæ deeſt, retinere poteſt: ex eodem actiones pro rata communicantur: ſi hæres adire & reſtituere nolit, ex hoc Senatuſconſulto cogitur: reſtituta tota hæreditate ſive ſponte ſive juſſu prætoris, actiones omnes in fideicommiſſarium tranſeunt: nulluſque jam ampliùs uſus ſtipulationum, quarum antea meminit.

Ex Pegaſiano Senatuſconſulto deſcendentes] Stipulationes partis & pro parte emptæ & venditæ hæreditatis non ſunt Senatuſconſulto Pegaſiano primum introductæ, ſed ſunt antiquiores. Dicuntur autem hic ex Pegaſiano deſcendere, quia eo Senatuſconſulto translatæ ſunt ad reſtitutionem hæreditatis, locum non habente Trebelliano. Hotomannus hic colligit, nominatim Senatuſconſulto mentionem harum ſtipulationum factam fuiſſe.

Captioſas] Captioſæ fuerunt ſtipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, itemque partis & pro parte, quia ſalvæ nihilominus hæredi & adversùs hæredem actiones manebant. Neque enim ob harum ſtipulationum interpoſitionem cogebantur creditores fideicommiſſarium convenire, ſed hæ- 1

res lites excipiebât, & ſolutum creditoribus à fideicommiſſario repetebat: ſicut è diverſo fideicommiſſario cum hærede agendum erat, ut quod à debitoribus exegiſſet, redderetur. Ob has difficultates & litium anfractus facilè eveniebat, ut alter damnum pateretur, vel propter calumniam, vel propter inopiam alterius: quod cùm ex Trebelliano reſtituitur hæreditas, commodè poteſt vitari. Nam quatenus hæreditas reſtituta eſt, eatenus hæres ſi conveniatur, exceptione reſtitutæ hæreditatis ſe tueri poteſt; & viciſſim ſi ipſe experiatur, eadem exceptione repelli. Captioſas igitur haſce ſtipulationes Papinianus appellat, non quia callidæ aut argutæ; ſed quia captioni & damno obnoxiæ, plenæque difficultatibus, quia captioſæ propter has ſtipulationes Senatuſconſulti Pegaſiani ambages, auctore Juſtiniano *l.2.C.de vet.jur.enucl.* Captioſum enim noſtris etiam id dicitur, quod alicui fraudi aut damno eſt, *l.5. de tranſact. l.14.§. aliquando 5. verſ. unde quidam. quod met. ca. l.6.§. ſi quid 10. quæ in fraud. cred.* Rectè igitur Theophilus reddidit ἐπιζημίους, id eſt, damnoſas: neque cauſam video, cur Bachovio hæc ratio appellationis non placeat.

In legibus magis ſimplicitas] Laudat in §. *cæterum 3. inſ. de legit. agn. ſucceſſ.* legem 12. tabularum, quòd ſimplicitatem legibus amicam amplexa ſit in legitima agnatorum ſucceſſione: Quod autem legumlatoribus in condendis legibus placere videmus, id etiam in earum interpretatione nobis ſequendum eſt, vitandæque argutiæ, ſubtilitates, ſcrupuloſitates, obſcuritates, diſtinctiones ac differentiæ nimiæ.

Senatuſconſulto Trebelliano præſtare]Quod planius erat, & citra captioſos circuitus ipſo jure, quoad vim & effectum, transferebat id, quod non niſi per ſtipulationes interpoſitas, longoſque & captioſos ambitus Pegaſianum exequebatur.

Vel quartam, vel quod deeſt] Hinc interpretes quartam hanc dixere Trebellianicam. Veteribus autem numquam alio nomine, quàm Falcidiæ appellatur, ut oſtendi *ſup. §.5.* nimirum quia Senatuſconſulto Pegaſiano non tam nova quarta introducta fuit, quàm quarta Falcidiæ producta
2 ad fideicommiſſa univerſalia. Ex quo portò intelligitur, appellatione quartæ Falcidiæ etiam propriè hanc quartam contineri, & proinde poſitis terminis habilibus, atque in dubio, ubi expreſsè nulla differentia conſtituta eſt inter quartam, quam hæres de ſingulis rebus detrahit, & quam retinere poteſt ex fideicommiſſo hæreditatis, quicquid de Falcidia jure noſtro cautum eſt, ex æquo ad utramque quartam pertinere. Veluti quod Juſtinianus conſtituit, ut hæres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat, *l.ult.§.pen. Cod. de jur. delib.* item quòd Falcidiæ locus non eſt, ſi teſtator expreſsè vetuerit hæredem ea uti. *Nov. 1. cap. 2.* Omninò enim veriſimile eſt, Juſtinianum perpetuum omnium auctorum juris uſum ſecutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendiſſe. Atque hoc ſi animadvertiſſent interpretes, nemo eorum repertus eſſet, qui auſus fuiſſet hoc negare. At nunc tanta frequentia in contrarium itum eſt, ut difficile dictu ſit, utra ſententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur, *vid. Ferrar. in form. libell. per leg. rei ſing. num. 5. Gom. 1. reſol. 5. num. 11. & 12. Everh. in Top. à Falc. ad Trebell. loco 34. Gail. 2. obſ. 138. num. 16. Clar. §. teſtam. quæſt. 62. Mantic. 7. de conj. ult. vol. 11. & 12. Fachin. 5. cont. 4. Perez ad tit. C. de jur. del. num. 14. & C. ad Senatuſconſult. Treb. num. 20. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 316. & vol. 4. deciſ. 25. 51. & 55. D. Tulden. comm. in tit. præc. cap. 3.* Apparet tamen ex allegatis, à Chriſtinæo ſic ferè uſu receptum eſſe, ut etiam detractio quartæ Senatuſconſulti expreſsè prohiberi poſſit, præterquàm in liberis primi gradus, quos etiam apud nos obtinere refert Grot. 2. *Manud.* 20. Intellige autem per liberos primi gradus non tàntùm filios, ſed etiam nepotes, &c. quos nemo in ſuo ordine antecedit. Ob inventarium verò non confectum hæredem non amittere quartam Senatuſconſulti. Et ita ſæpiſſimè judicatum. *Mynſ. 3. obſ. 60. Gail. d. obſ. num. 3. & 6. Deciſ. Cur. Holl. 3. add.* citat. à 3
Chriſtin. d. deciſ. 51. num. 3. Jure Canonico liberis univerſali fideicommiſſo gravatis duplex detractio permiſſa eſt, legitimæ & Trebellianicæ, *cap. Rainutius, C. de teſtam.* quod quamquam legibus civilibus incognitum eſt, *vid. Cujac. 8. ob. 5. Hotom. illuſt. quæſt. 43.* uſu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum eſſe, & tamquam Euangelium practicari, teſtantur *Bald. & Iaſ. in auth. res quæ, C. comm. de legat. Caſtr. in leg. jubemus 6. C. ad Senatuſconſ. Trebell. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 245. & deciſ. 315.* eoque jure etiam nos utimur *Grot. 2. manuduct. 20. deciſ. Cur. Holl. 3. & 17.* In cæteris, quod ad hunc juris articulum attinet, ſequimur in his regionibus jus commune, *Grot. d. loc. Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 11.* ubi tamen dubitari poſſe ſcribit, an in locis, in quibus hæredes inſtituti pro legatariis habentur, ut apud Gandavenſes & Cortracenſes, admittenda ſit Falcidiæ aut Trebellianicæ detractio: & magis exiſtimat, admittendam non eſſe, *arg. & lex Falcidia 47. §. 1. ad l. Falc.*

Vel repetere ſolutum] Solutum ſcilicet errore 4
facti, *l. error. 9. C. ad leg. Falc.* Reperitur autem hoc non beneficio Senatuſconſulti; ſed jure communi, quo ejus, quod per errorem quacumque ex cauſe ſolutum eſt, omnibus repetitio conceditur. De quo diligentiùs ſuo loco.

Pro rata portione] Si pars tantum hæreditatis reſtitui juſſa eſt, pro parte non reſtituta actiones apud hæredem remanent, pro reſtituta tranſeunt in fideicommiſſarium. Si tota hæreditas, aut integra alicujus hæredis portio, ſi hæres eam totam reſtituit, (ſponte, an coactus nihil refert) transferuntur actiones omnes: ſi dodrantem retenta quarta ex Senatuſconſulto, pro dodrante transferuntur, pro quadrante remanent, *l. 1. C. hoc tit.* Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo,

qui

Digitized by Google

qui legatis oneratus eſt, qui ſolus cogitur reſpondere creditoribus. Dividuntur autem actiones pro competenti cujuſque parte ſimul atque facta eſt reſtitutio, id eſt, ſi hæres verbo dixerit ſe reſtituere, aut per epiſtolam vel nuntium reſtituerit, quamvis fideicommiſſarius nondum nactus ſit rerum poſſeſſionem, *l. reſtituta 37. l. facta 63. in pr. hoc tit.* Quòd autem etiam in ponenda
5 ratione Senatuſconſulti deduci dicitur æs alienum, *l. 5. C. eod.* eo nihil aliud ſignificatur, quàm quòd in conſtituenda ſumma bonorum ineatur etiam ratio æris alieni, idque de bonis deducatur, ut ſciri poſſit, quantum æris alieni in fideicommiſſarium cum portione reſtituta tranſeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis eſſe, ex his centum deberi. Hic fideicommiſſario reſtituentur clxxv. ac pro hac portione, id eſt, pro novem unciis, transferetur in eum onus æris alieni; cxxv. retinebit hæres, pro qua parte ipſe à creditoribus conveniendus erit. Sic enim omnino res tranſigenda eſt, poſtquàm placuit actiones pro rata parte in utrumque dari. Quod non ſatis re-
6 ctè mihi explicuiſſe videtur Vveſemb. & poſt eum Chriſtin. *vol. 4. dec. 53. num. 5.* Quamvis autem hæres fiduciarius pro parte ſua onus æris alieni ſubeat, onera tamen legatorum ad ſolum fideicommiſſarium ſpectare, communiter placuit, *Accurſ. in leg. 1. §. ult. hoc tit. DD. in leg. 2. & leg. ult. Cod. eod. Tholoſan 42. ſyntagn. 31. num. 3. D. Tulden. comm. in hunc tit. cap. 4.* Quæ ſententia, etſi Donello in *d. leg. 2.* falſiſſima, mihi tamen vera videtur. Nam cùm quarta pariter ex legatis & fideicommiſſo detrahatur, *leg. 3. §. 2. eod.* utique ex reſiduo dodrante, quem totum hæres reſtituit, legatariis ſatisfaciendum: alioqui non habiturus eſſet hæres quartam integram; niſi dicamus, hæredem nihilominùs à legatariis rectè pro ſua parte conveniri, & quod ſolvit, à fideicommiſſario eum repetere debere, ſibique imputare, quòd portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in propoſito dici non poteſt: quoniam auctoritate ſenatus dodrante unde omnia legata præſtanda ſunt, reſtituto, actiones legatariorum in fideicommiſſarium transferuntur, qui conventus, quod ſibi detractum, legatariis pro rata imputavit, *argum. leg. 3. in pr. eod.* Planè, ſi, antequàm reſtitutio facta eſt, legatarii petant, puto, hæredem exceptione adjuvari non debere, cùm, ſi ſolvat, hoc minus ex cauſa fideicommiſſi reſtituat, *argum. leg. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. 7. in fin. eod.* Quòd ſi hæres minus dodrante reſtituere rogatus eſt, pro eo, quod ultra quartam habet: etiam legatorum & fideicommiſſorum ſpecialium onera ad eum pertinere, certum eſt, *leg. 1. §. pen. eod. Salic. in d. l. 2. & leg. ult. Cod. eod. Grot. 2. manud. 20. Mynſ. Schneid. hic.* Ad quem caſum plerique cum Gloſſa etiam referunt *dict. leg. 1.* Bachovius in *not. ad Treutl. vol. 2. diſput. 14. theſ. 9.* putat, hanc *d. l.* ſententiam eſſe quod fideicommiſſarius cogatur pati, ut tam de ſua parte, quàm de legatis quarta detrahatur, cum

Vinnius in Inſtitut.

concurrentibus legatariis de reſtituenda hæreditate agitur.

Nec damno nec commodo] Quod meritò placuit, Nam neque damnum ullum hoc caſu ſentire hæredem æquum eſt, propterea quod coactus contemplatione alterius adit, neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *l. 4. hoc tit.* de quo etiam dictum §. proximè præced.

TEXTUS.

De quibus hæredibus & in quibus fideicommiſſariis ſupradicta locum habeant.

8. *Nihil autem intereſt, utrùm aliquis ex aſſe heres inſtitutus, aut totam hereditatem, aut pro parte reſtituere rogatur; an ex parte heres inſtitutus, aut totam eam partem, aut partem partis reſtituere rogatur. Nam & hoc caſu eadem obſervari præcipimus, quæ in totius hereditatis reſtitutione diximus.*

COMMENTARIUS.

SEntentia hujus loci ſatis plana eſt. Non tantùm qui ex aſſe inſtitutus eſt & rogatus aut totam hæreditatem aut partem ejus reſtituere, poteſt vel ultrò adeundo & reſtituendo partem quartam aut quod quartæ deeſt retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum; vel ſuſpectam hæreditatem dicendo exonerari, totamque transferre in eum, qui adire cogit, *l. cogi 16. §. ſi quis 44. hoc tit.* verùm etiamſi quis ex parte & verbi cauſa ex ſemiſſe hæres inſtitutus ſit, rogatuſque partem illam reſtituere, poteſt quartam partem hujus partis, & in propoſito ſeſquiunciam retinere, ut actiones hæreditariæ pro rata remaneant & tranſeant. Poteſt & partem totam ultrò reſtituendo, aut adire recuſando, prætoriſque juſſu adeundo, omnes actione abs ſe removere & transferre in fideicommiſſarium. Denique qui partem partis, ex qua inſtitutus eſt, reſtituere rogatur, poteſt ſimiliter, ſi quartam partem ſuæ partis ſalvam judicio defuncti non habeat, quod ei deeſt, retinere: & recuſans adire, deſiderante fideicommiſſario cogi à prætore, ut adeat, totamque illam partem reſtituat cum omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula, *Quod juris eſt in toto, quantum ad totum, idem juris eſt in parte, quantum ad partem, l. quæ de tota 76. de rei vend. l. 3. pro derel. §. ſi rem 12. in fin. ſup. de legat.* Simile eſt, quod ſup. §. 1. *de l. falc.* docuit, in ſingulis hæredibus rationem legis Falcidiæ poni. Ex. g. ſi quis ex ſemiſſe hæres inſtitutus ſit, rogatuſque partem illam reſtituere, poteſt quartam partem hujus partis retinere.

Digitized by Google

TEXTUS.

De eo, quod hærès voluntate teſtatoris deducit, præcepitve.

9. *Si quis una aliqua re deducta, ſive præcepta, quæ quartam continet (veluti fundo vel alia re) rogatus ſit reſtituere hæreditatem, ſimili modo ex Trebelliano Senatuſconſulto reſtitutio fiet, perinde ac ſi quarta parte retenta rogatus eſſet reliquam hæreditatem reſtituere. Sed illud intereſt, quòd altero caſu, id eſt, cum deducta ſive præcepta aliqua re reſtituitur hæreditas, in ſolidum ex eo Senatuſconſulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud hæredem, ſine ullo onere hæreditario apud eum remanet, quaſi ex legato ei acquiſita. Altero verò caſu, cum quarta retenta rogatus eſt hæres reſtituere hæreditatem, & reſtituit, ſcinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommiſſarium, pro quadrante remanent apud hæredem. Quinetiam licèt una aliqua re deducta aut præcepta, reſtituere aliquis hæreditatem rogatus ſit, in qua maxima pars hæreditatis contineatur, æquè in ſolidum transferuntur actiones. Et ſecum deliberare debet is, cui reſtituitur hæreditas, an expediat ſibi reſtitui. Eadem ſcilicet interveniunt, & ſi duabus pluribuſve rebus deductis præceptiſve, reſtituere hæreditatem rogatus ſit. Sed etſi certa ſumma deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus ſit aliquis hæreditatem reſtituere, idem juris eſt. Quæ autem diximus de eo, qui ex aſſe inſtitutus eſt, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres ſcriptus eſt.*

NOTÆ.

9. *Una aliqua re deducta*] Qui certa aliqua re aut ſumma deducta rogatus eſt hæreditatem reſtituere, ſimilis eſt hæredi, cui ex re certa inſtituto cohæres ſimpliciter datus, nam & illum & hunc pro legatario haberi placet, *l.1.§.ult.h.t. leg.pen.C.de hær.inſt.*

In qua maxima pars hæreditatis] Nam pretium rei non mutat rationem juris; onera autem non patitur, niſi qui partem jure hæreditario, retinet, *d.leg.3.l.30.§.3.* Quòd ſi res deduci juſſa quartam partem non exæquet, poterit hæres quod deeſt, jure hæreditario retinere, per *leg.1.§.16.eod.*

Duabus pluribuſve] Ratio, quia ſemper inſpicitur, utrùm quæ pars jure hæreditario hæredi attribuatur, an in rebus ſingulis.

Qui ex parte hæres] Ut ſi præcepta re aliqua rogatus reſtituere, res illa apud eum ſine onere remaneat.

COMMENTARIUS.

1 *An & quatenus in caſu propoſito conſumpta portione reſtituta legatarii & creditores cum hærede agere poſſint.*

SUprà *tit.de hæred.inſt.ſup.§.& ſi plures* 8. docuimus, ſi quis ſolus ex re certa inſtitutus fuerit, eum perinde hæredem fieri, omniumque bonorum hæreditatem obtinere, ac ſi ſimpliciter ſine ulla mentione rei ſcriptus eſſet, ex *l.1.§.ſi ex fundo, d.tit.cohæredi* 41.*§.ult. de vulg. & pup.* At ſi plures inſtituti ſint, quidam ex re certa, alii ſimpliciter aut ex parte hæreditatis, tum eos ſolos hæredes effici, qui ſimpliciter aut ex quota ſcripti ſunt; qui ex certa re aut ſumma, pro legatariis haberi, *l.pen.C.de hær.inſt.* niſi hæredes partis univerſæ defecerint. tum enim idem juris eſſe ac ſi inſtituti in re ſingulari ab initio ſoli fuiſſent. Huic poſteriori ſpeciei ſimilis eſt, quæ hoc loco proponitur, videlicet cum quis deducta certa re vel ſumma rogatus eſt hæreditatem reſtituere. Reſtituta enim in propoſito hæreditate fideicommiſſarius inſtar cohæredis eſt, hæres inſtar ejus, qui ex re certa inſtitutus cohæredem habet ſcriptum ſimpliciter. Quamobrem recuſante quidem fideicommiſſario hæreditatem recipere, ſolus qui rogatus eſt & adiit; hæres erit: at hæreditate recepta, jam ſolus fideicommiſſarius hæredis locum obtinet, alter tamquam cohæres ex re certa vicem ſubit legatarii.

Una aliqua re] Quæ *præced. d. §§.* dicta ſunt de diviſione actionum hæreditariarum inter hæredem fiduciarium, qui parte aliqua ex voluntate defuncti retenta reliquam hæreditatem reſtituit, & fideicommiſſarium Trebellianum, ea tunc obtinere hic docemur, quando quis rogatus eſt hæreditatem reſtituere retenta parte aliqua hæreditatis ſeu aſſis, ſive, ut vulgò interpretes loquuntur, deducta quota. Aliud autem longè eſſet, ſi quis præcepta re aliqua, veluti fundo, aut ſumma, puta centum aureis, reſtituere rogatus ſit; quamvis ea res vel ſumma quartam partem vel amplius contineat. Nam etſi hic quoque ſimiliter reſtitutio ex Senatuſconſulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta, nullave onera hæreditaria apud hæredem remanere, ſed hæc omnia tranſire ad fideicommiſſarium; hæredemque præceptum habiturum jure legatarii, id eſt, ſine ullo onere hæreditario, quo conſtat legatarios non premi, *l.ſi hæreditatem 32. mand. leg.ult.C. de hær. act.* Marcianus breviter & dilucidè rem totam proponit in *leg. ſi legatus 30.§. hoc tit. Multum intereſt*, inquit, *utrùm quæ pars jure hæreditario retineatur, an verò in re vel pecunia: nam ſuperiore caſu actiones dividuntur in-*

ter

Digitized by Google

ter hæredem & fideicommiſſarium ; poſteriore verò apud fideicommiſſarium ſunt actiones. Huc pertinet, *leg. 1. §. ult. eod.* Quod ſi hæres coactus à prætore adierit, etiam commodo præceptionis privabitur, *leg. ita 27. §. ſi præceptis 14. eod.*

Quæ quartam continet] Quòd ſi res deduci juſſa quartam partem non exæquet, tum hæres vel ad ſupplementum agere poterit, vel quod quartæ deeſt, jure hæreditario retinere, *Gloſſ. & DD. hic arg. §. ſed quia 7. hoc tit. l. 1. §. ſi hæres 16. eod.* Æquum autem tunc eſſe, ut hæres ſaltem pro ratione iſtius ſupplementi creditorum actiones excipiat, utique in ſubſidium, cenſent Gloſſa in *d. l. 1. § ult. Cantiunc. & Mynſ. hic*.

Ex Senatuſconſulto Trebelliano] Ante transfuſionem Pegaſiani in Trebellianum, ſi hæres non ultra dodrantem reſtituere juſſus erat, reſtitutio fiebat ex Senatuſconſulto Trebelliano. Hoc cum noſtri dicunt, perpetuò ſignificant, actiones pro parte transferri. Si amplius dodrante, reſtitutio fiebat ex Pegaſiano. Quo caſu actiones apud hæredem remanebant, & ſtipulationes interponebantur, ſecundùm ea, quæ tradita ſunt, *§. ergo 6. eod.* Hodie remoto Pegaſiano diſtinctè pro parte reſtituta actiones tranſeunt. In caſu autem propoſito etiam antea reſtitutio fiebat ex Trebelliano, *l. 1. §. ſi hæres 16. eod.* actioneſque in ſolidum transferebantur; quoniam hæres, apud quem nulla pars jure hæreditario remanet, ſimilis eſt legatario.

In qua maxima pars hæreditatis] Finge, eum, qui quadringenta poſſidebat, rogaſſe hæredem, ut præcepto fundo, qui trecentorum erat, hæreditatem Titio reſtitueret. Hic etiam ſi fundus iſte maximam partem hæreditatis, id eſt, dodrantem contineat, nihilominus tamen reliquo reſtituto in ſolidum actiones in Titium transferuntur.
1 Neque enim pretium rei rationem juris mutat, aut efficit, quominùs res ſit ſingularis. Cæterum hoc caſu conſumpta portione reſtituta, fideicommiſſario ſubveniendum eſſe, hæredemque pro eo quod ultra quartam habet, legatariis reſpondere debere, tradunt *Cantiunc. & Mynſ. hic.* Et multò ergo magis pro eadem quantitate tenebitur creditoribus: quippè quibus in ſubſidium etiam pro tota ea parte, quam præcepit, teneatur, ſi hæreditas ſolvendo non ſit, ut vult idem *Mynſing. & Gothofr. in annot. marg. ad Schneid.* quod etiam tamquam certum atque apud nos quoque receptum tradit *D. Grot. 2. manud. cap. 20.* Etſi autem fortè rationi juris veteris hæc non ſatis conveniunt, & fortaſſis nec novo, ſi fideicommiſſarius inventarium facere neglexerit, quo caſu obligatur ultra vires receptæ hæreditatis; novo tamen juri conſentanea videntur, ubi fideicommiſſarius inventarium ex præſcripto Juſtiniani fecit, aut hæres à ſe factum ei ceſſit. Quorum alterutrum ſatis ei eſt ad exonerationem æris alieni, quatenus modum hæreditatis excedit, per ea, quæ habet *Bart. in l. in ratione 11. §. quod vulgo 5. ad Falc. num. 9. & 10.* quamquam Bachovius putat, etiamſi ipſe fideicommiſſarius ſolvendo non ſit, hæredem tamen in ſubſidium conveniri non poſſe, cùm aliud remedium creditoribus paratum ſit, & præcipuè hoc, ut ſi putent hæredem non eſſe ſolvendo, bonorum ſeparationem petant.

Et ſecum deliberare debet] Cautiùs faciet, ſi jure deliberandi non utatur, ſed novo beneficio inventarii, quod à Juſtiniano datum omnibus, quibus deliberandi poteſtas eſt de adeunda, aut ſuſcipienda hæreditate, *§. extraneis 5. ſup. de hær. qual.*

Si duabus pluribuſve] *L. ita tamen 27. §. ſi præceptis 14. hoc tit.* Quippè non multitudo rerum relictarum, ſed modus relinquendi juris differentiam inducit, inſpiciturque ſemper, utrùm qua pars in hæreditate ſeu jure univerſo hæredi attributa ſit, an in rebus ſingulis hæreditariis. Mynſingerus imperitè rem hæreditariam cum quota hæreditatis confundit.

Sed & ſi certa ſumma] Huc ergo pertinet *l. 1. §. 17. eod.* quem locum perperam DD. commaliò trahunt, nimirum ut probent, etiam retenta quarta parte hæreditatis actiones legatorum in ſolidum in fideicommiſſarium dari: quamquam vera mihi videtur propoſitio.

Ad eum, qui ex parte] Pone, eum, qui quadringenta habebat, duos hæredes inſtituiſſe, ſingulos ex ſemiſſe; alterumque rogaſſe, ut deducto fundo, qui centum valet, aut deductis centum, partem ſuam reſtitueret L. Titio. Titius recepta hæreditate ſolus pro ſemiſſe actiones excepit; cum ubi partis dimidiæ hæres rogatus eſt, ut retenta parte quarta aut quadrante ſuæ portionis reſtituat, atque reſtituit, pro ſextante obnoxius maneat.

TEXTUS.

De fideicommiſſo hæredis ab inteſtato.

10. *Præterea inteſtatus quoque moriturus poteſt rogare eum, ad quem bona ſua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem ſuam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui reſtituat: cùm alioqui legata niſi ex teſtamento non valeant.*

NOTÆ.

10. *Inteſtatus moriturus*] Poterat dubitari, quia legitimi & honorarii hæredes nihil à defuncto, accipiunt, ſed illos lex hos prætor vocat: ejus autem, qui à defuncto nihil accipit, fideicommitti non poteſt, *leg. 9. C. de fideic.* Sed huic dubitationi occurrit Paul. *l. 8. §. 1. de jur. cod.* Ulp. *l. 1. §. 6. de leg. 3.* Nimirum etiam his hæreditatem tacitè à defuncto relinqui, dum eos non excludit

alios inſtituendo, quod pro jure ſuo facere poterat.

Legata niſi ex teſtamento] *l.* 38. *de cond. & dem.* Hoc autem dicit reſpiciens ad jus vetus: nam poſtquàm confuſa eſt legatorum & fideicommiſſorum natura, etiam hanc differentiam ſublatam eſſe tenebimus, *leg.* 2. *Cod. comm. fideic.*

COMMENTARIUS.

1 *Ratio cur etiam à legitimis & honorariis hæredibus fideicommiſſum relinqui poſſit.*
2 *An fideicommiſſum à legitimo hærede relictum, ſucceſſione propter repudiationem primi gradus agnati ad ſequentem devoluta, debeatur.*

Fideicommiſſum tam hæreditatis, quàm ſingulare, non ſolum teſtamento, verùm etiam codicillis relinqui poteſt. Quid ei obſervandum ſit, qui teſtamento relinquere fideicommiſſum hæreditatis velit, didicimus §. 2. *ſup. hoc tit.* nimirum ut directo teſtamento hæredem inſtituat, atque ab eo relinquat. Codicillis poteſt quidem & ab hærede teſtamentario relinqui, *leg.* 3. §. 2. *leg.* 8. *in pr. de jur. cod. Vlp. tit.* 25. §. 9. Cæterum poteſt & ab eo, qui ab inteſtato venturus eſt, ſive legitimus ſit, ſive honorarius ſucceſſor, *d. leg.* 3. *pr. d. leg.* 8. §. Unde quamvis de inſtituto tantùm hærede ſenatus loquatur, *l.* 1. §. 2 *hoc tit.* tamen ad legitimum quoque & honorarium per interpretationem conſultum ſenatus extenſum eſt, *dict. leg.* 1. §. 5. & §. 6. *leg.* 6. §. 1. *eodem.*

Inteſtatus moriturus] Dubitari potuit, an à ſucceſſore legitimo aut honorario fideicommiſſum recte relinquatur. Sic enim jus eſt, ut ab eo, qui nihil à defuncto accipit, nihil per fideicommiſſum relinqui poſſit, *l.* 9. *C. de fideic.* Legitimi autem hæredes aut honorarii nihil à defuncto accipiunt, ſed illos lex 12. tabularum ad hæreditatem vocat, hos prætor ad bonorum poſſeſſionem.
1 Verùm hæc dubitatio facilè tolli poteſt. Quamvis enim in caſum non ademptæ hæreditatis legitimi hæredes à lege, honorarii à prætore vocentur: tamen cùm defunctus eos teſtamento facto excludere potuiſſet aliis hæredibus inſtitutis, (ſalva utique portione liberis & parentibus debita) hæreditatem ipſis tacitè relinquere videtur, dum nõ adimit, quod pro jure ſuo facere poterat. Atque hoc eſt, quod Juriſconſultus ſignificat in *l.* 1. §. *ſciendum* 6. *de legat.* 3. cum ait, *fideicommitti eorum poſſe, ad quod aliquid perventurum eſt, vel dum ipſis datur, vel dum non adimitur:* in quam ſententiam eleganter Paulus *l.* 8. §. 1. *de jur. cod. Ideò*, inquit, *fideicommiſſa dari poſſunt ab inteſtato ſuccedentibus, quoniam creditur paterfam. ſponte ſua his relinquere legitimam hæreditatem.* Ex quo etiam hoc efficitur, neminem poſſe fideicommittere hæredi ab inteſtato, niſi qui teſtamentum facere poteſt, *l.* 3. *in pr. de jur. cod. Vlp. d. tit.* §. 3. Eſtque hoc juris explorati, eos, qui teſtamentum facere non poſſunt, nec codicillos poſſe, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 3. *de jur. cod.* De illo quæſitum eſt, ſi quis inteſtatus decedẽs ab eo, qui primo gradu ei ſuccedere potuit 2
fideicommiſſum reliquerit, ſi illo repudiante, ad ſequentem gradum devoluta ſit ſucceſſio, an fideicommiſſum debeatur. Negat Ulp. *d. l.* 6. §. *pen. de legat.* 3. quod tamen idem affirmare videtur *l. ſi Titio* 61. §. 1. *de legat.* 2. & Julian. *leg.* 3. *de jur. cod.* Doctores vulgò cum *Accurſ. & Bart. ad d. ll.* intereſſe reſpondent, utrùm ſimpliciter hæredes ab inteſtato venientes gravati ſint, an aliquis nominatim: illo caſu fideicommiſſum à quolibet ſuccedente deberi; hoc caſu non deberi, niſi à cohærede gravari portionem ſuam repudiantis; quoniam is in portione accreſcente ſimilis eſt ſubſtituto, *argum. dict. l.* 3. *de jur. cod. junct. l. pater meus* 29. §. 1. *de legat.* 2. *add. Bart. in l. cum pater* 77. §. *cum exiſtimares* 29. *de legat. eod.* quæ diſtinctio rationem habet. Ant. Faber 4. *conj.* 15. contendit, vitioſam eſſe lectionem *d.* §. *pen. leg.* 1. *de l.* 3. legendumque dempta negatione, *fideicommiſſum debere.* Mihi tam periculoſa confidentia non placet.

Legata niſi ex teſtamento] Legatum olim non niſi teſtamento aut codicillis teſtamento confirmatis dari potuit: credo, quòd civilibus verbis atque imperativis legis modo relinquebatur, *Vlp. tit.* 24. *fac. l. ſi ita* 38. *de cond. & dem.* quibus tantùm in teſtamento locus erat. Unde definitur legatum, donatio teſtamento relicta, *l.* 36. *de legat.* 2. Scilicet inconveniens viſum eſt, pro imperio aliquid mandare ei, quem non defunctus, ſed lex hæredem facit. Probabile tamen eſt, legata codicillis ab inteſtato data, interpretatione plerumque adjuta, atque ut vim fideicommiſſi haberent, benignè recepta fuiſſe, *arg. l. Scævola* 76. *hoc tit.* Hodie autem poſtquàm conſtitutione Juſtiniani confuſa eſt legatorum & fideicommiſſorum natura, *l.* 2. *C. comm. de legat.* hanc etiam differentiam ſublatam eſſe tenebimus, & legata quoque ab inteſtato relicta directò valere, contra Joa. Fabrum, Angel. & Giphan.

TEXTUS.

De fideicommiſſo relicto à fideicommiſſario.

11. *Eum quoque, cui aliquid reſtituitur poteſt rogare, ut id rurſum alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud reſtituat.*

NOTÆ.

11. *Vt id rurſum alii*] Atque in hac etiam reſtitutione placet actiones ex SC. transferri in fideicommiſſarium ſecundùm *l.* 1. §. 8. *h. tit.* Jus autem quartæ retinendæ ſolus hæres habet, non fideicommiſſarius, *l.* 47. §. 1. *ad leg. Falc. leg.* 22. §. *ult. hoc tit.*

Com-

Commentarius.

Non modò hæres de reſtituenda hæreditate aut parte ejus rogari poteſt, verùm etiam fideicommiſſarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod acepit, rurſus alii reſtituat; atque in hac etiam reſtitutione placet actiones ex Senatuſconſulto transferri in fideicommiſſarium ſecundùm, *l.1.§.de illo 8.hoc tit.* poſſe & cogi primum fideicommiſſarium, qui totam hæreditatem, cùm ſuſpecta diceretur, recepit, totam reſtituere, *l. ſi patroni 55.§.2. eod.* Solus autem hæres beneficio legis Falcidiæ utitur, id eſt, jus quartæ retinendæ habet, *l. lex Falcidia 47.§. 1. ad leg. Falcid.* Etenim cùm ſemel adita eſt hæreditas, omnis defuncti voluntas rata conſtituitur, *d.l.55.§. 2.* Proinde cæteri, quatenus ceperunt, & rogati ſunt reſtituere, fideicommiſſo obſtringuntur, *L. Lucius 78. §. hæres 11. hoc tit.* ſimiliter ut legatarii, à quibus fideicommiſſum relictum eſt, *leg. pœnales 32. §. ſi Titio 4. ad leg. falcid.* Planè, ſi hæres ut priori fideicommiſſario donaret, jure ſuo uſus non ſit, poſſe quartam ſecundo fideicommiſſario detrahi, reſponſum eſt, *l. 1. §. inde Neratius 19. hoc tit.*

Textus.

De probatione fideicommiſſi.

12. *Et quia prima fideicommiſſorum cunabula à fide heredum pendent, & tam nomen, quàm ſubſtantiam acceperunt, ideò D. Auguſtus ad neceſſitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eumdem Principem ſuperare contendentes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentiſſimus, Quæſtor ſacri palatii, ſuggeſſit, conſtitutionem fecimus, per quam diſpoſuimus, ſi teſtator fidei heredis ſui commiſit, ut vel hereditatem, vel ſpeciale fideicommiſſum reſtituat; & neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium numero, qui in fideicommiſſis legitimus eſſe noſcitur, poſſit res manifeſtari, ſed vel pauciores, vel nemo penitus teſtis intervenerit: tunc ſive pater heredis, ſive alius quicumque ſit, qui fidem heredis elegerit, & ab eo reſtitui aliquid voluerit: ſi heres perfidia tentus adimplere fidem recuſat, negando rem ita eſſe ſubſecutam; ſi fideicommiſſarius ei jusjurandum detulerit, cùm prius ipſe de calumnia juraverit: neceſſe eum habere, vel jusjurandum ſubire, quòd nihil tale à teſtatore audiverit, vel recuſantem ad fideicommiſſi vel univerſalis vel ſpecialis ſolutionem coarctari, ne depereat ultima voluntas teſtatoris fidei heredis commiſſa. Eadem obſervari cenſuimus, etſi à legatario, vel fideicommiſſario aliquid ſimiliter relictum ſit. Quòd ſi is, à quo relictum dicitur, (poſtquàm negaverit) confiteatur quidem, aliquid à ſe relictum eſſe, ſed ad legis ſubtilitatem reccurrat, omninò ſolvere cogendus eſt.*

Notæ.

12. *Conſtitutionem fecimus*] Extat *in l. ult. C. de fideicomm.*

Qui in fideicommiſſis legitimus] Hoc à Theodoſio primùm conſtitutum eſt, *l. ultim. §. ult. Cod. de codicill.* Manet autem etiam nunc, ut ex hoc loco intelligitur. Quod verò hic ſancit, tunc ſolùm obtinet, cùm defunctus rem, quam præſtari voluit, fidei hæredis præſentis commiſit extra teſtamentum aut codicillos.

Priùs de calumnia juraverit] Id eſt, ſe non calumniandi vexandive aut hæredem religione utendi animo jusjurandum deferre, ſed quòd ita ſe rem habere, ut ait, planè perſuaſum habeat. Ratio juris poſtulat, ut is, qui jusjurandum defert, prior de calumnia jurare debeat, ſi hoc exigatur, *l.34.§.4.de jurejur.*

Vel jusjurandum ſubire] Neque enim jusjurandum in propoſito referri poteſt, cùm hic non agatur de eo, quod uterque, ſed quod ſolus hæres ſcire poteſt, & cujus actor ignarus eſt, quo caſu relationi non eſt locus, *d.l.34. pr.l.11.& ſeq.rer.amot.*

Commentarius.

1 *Quando diſpoſitioni h.§. locus.*
2 *Non mutari conſtituta l. ult. §. ult. C. de codic. nec l. 23. C. de fideic.*
3 *Hæredem in ſpecie propoſita non poſſe jusjurandum referre.*
4 *Gloſſema in fine textus obſervatum.*

Audivimus ſuprà, fideicommiſſorum originem, nomen & ſubſtantiam à fide hæredum manaſſe. Hinc Juſtinianus argumentum ſumit mirifici in fideicommiſſa favoris, ut quemadmodum ex ſola fide hæredum ab initio pendebant, ita & ſola religione hæredum, quorum præſentium fidei aliquid commiſſum eſt, nunc conſiſtant, nec ordinariam probationem deſiderent. Conſtitutum hoc à Juſtiniano, *l. ult. C. de fideic.*

Neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium numero] Quando teſtator, contempta omni alia probatione ſcripturæ vel teſtium, fidei ſolius hæredis committit, ut aliquid præſtet, placet Juſtiniano, fideicommiſſum ab hærede præſtandum, idq; ſive neget hæres, fideicommiſſum à ſe relictum, & jusjurandum ſuper ea re ſibi dilatum ſubire recu- 1

ſet, ſive ultrò fateatur, eſſe à ſe relictum, ſed dicat ſe non teneri, quia non ſolemniter relictum ſit, *d. l. ult.* Prius verbis conſtitutionis expreſſum eſt: alterum ex priore colligitur. Cur enim hæres jurare recuſans fideicommiſſum ſolvere cogitur? Non aliam utique ob cauſam, quàm quod recuſatio jurisjurandi tacitam confeſſionem habet, *l. manifeſta 38. de jurejur.* ut proinde multò magis fideicommiſſo eum obſtringi oporteat confeſſione aperta. Quia autem & prior caſus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum, ac contrarium ei quod de numero. teſtium in ultima voluntate adhibendo placitum eſt, continetur, ideò conſtitutionem ſuam adverſùs ta-
2 citas objectiones munivit. Si quis enim fortè objiciat, iniquum eſſe, ab hærede fideicommiſſum exigi citra ullam probationem, reſpondet illud hac in re iniquum non eſſe, ubi hæres jurejurando ſibi delato in ſua cauſa conſtituitur teſtis & judex, ut ſit in ejus poteſtate non teneri, jurando ſe neſcire quicquam relictum eſſe. Si quis dicat, in omni ſuprema voluntate ad minimum requiri quinque teſtes, *l. ult. §. ultim. Cod. de codic.* reſpondet id juſtum eſſe, cum res per teſtes probanda eſt, ne quid falſitatis admittatur, cujus nihil in ſpecie propoſita metui poteſt: quoniam teſtimonium ab ipſo hærede, eodemque debitore exigitur. Quod ergo traditum eſt in *l. ſi veritas 32. Cod. de fideic. cum ſimilib.* ex imperfecta ſcriptura nihil deberi, hoc etiam nunc manet, & niſi de fide ſcripturæ, quam teſtator ſervari voluit, juſto numero teſtium conſtet, fideicommiſſum exigi non poterit; conſule Mantic. *de conject. ultim. volunt. lib. 2. tit. 15. nu. 5.* Qua autem ratione motus jus hoc introduxerit Juſtinianus, in calce conſtitutionis exponit.

Qui in fideicommiſſis legitimus] Hoc à Theodoſio primùm conſtitutum eſt, *d. l. ult. C. de codic.* Antea enim cùm numerus teſtium in codicillis definitus non fuerit, vel duos idoneos ſuffeciſſe arbitror: *arg. l. ubi numerus 12. de teſtib.* de quo pleniùs ſub *§. ult. inf. de codic.* Manet autem nunc etiam jus conſtitutum *d. l. ult. §. ult. C. de codic.* ut ex hoc loco intelligitur. Nam quod *hic & d. l. ult. C. de fideic.* Juſtinianus ſancit, tunc ſolùm obtinet, cum defunctus rem, quam præſtari voluit, fidei hæredis præſentis commiſit extra teſtamentum aut codicillos.

Cùm pejus ipſe de calumnia juraverit] Id eſt, ſe non calumniandi ſeu vexandi, hæredemque religione tuendi animo jusjurandum deferre; ſed quia ita ſe rem habere ſibi planè perſuaſum ſit: quod jusjurandum licèt aliàs in uſu eſſe deſierit, tamen in omni judicialis jurisjurandi delatione, ſi exigatur, præſtandum, juxta *l. jus jurandum 34. §. 4. de jurejur. Damhoud. prax. civil. c. 151. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 8.*

Vel jusjurandum ſubire] Conditione jusjurandi in judicio delata regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut ſolvere, *l. 9. C. de reb. cred.* Manifeſtę enim confeſſionis eſſe creditur, nolle jurare, aut jusjurandum referre, *l. manifeſta 38. de ju-*
rejur. At in propoſito non referre quidem hæres 3
poteſt: quippè cùm hic agatur non de eo, quod uterque ſcire poteſt, ſed quod ſolus hæres, & cujus actor ignarus eſt: quo caſu relationi non eſt locus, *l. Marcellus 11. & ſeq. rer. amot. d. l. jusjurandum in pr. de jurejur.* & ita rectè *Mynſing. Schneid. Vveſemb. hic.* mirumque eſt, veteres interpretes in re tam manifeſta variare.

Poſtquàm negaverit] Hæc verba neque in ipſa conſtitutione Juſtiniani reperiuntur, & teſtibus Cujacio, Ruſtardo, Hotomanno, Contio, Fabrot, deſunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoſcit: & Jo. Faber quoque refert, ſe Bononiæ aliquos codices vidiſſe, à quibus aberant. Quare ſuſpicari licet, gloſſema eſſe. Si verò retineantur, non ita accipienda ſunt, quaſi non alia conditione hæres in ſpecie propoſita fideicommiſſo obligetur, quàm ſi priùs negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuſet: ſed ideò poſita, quia hic caſus ſolùm verbis expreſſus fuit: cæterum ſimpliciter, quiſquis confitebitur, de fideicommiſſo obligabitur: neque enim pœnæ cauſa hic quidquam conſtitutum, ut hæredis inficiatio coerceatur; in quo falluntur *DD. comm. Bar. Salic. Caſtr. Sichard. ad d. l. ult. Mynſing. Schneid. hic*: ſed totum voluntatis teſtatoris ſervandæ cauſa, ut disertè ſcriptum eſt in extremo *d. l. ult.* & tenent Jo. Fab. & Jaſ. *in d. l. ult.* quos etiam ex facto conſultus, non attenta communi opinione, in reſpondendo ſecutus eſt quondam Curiæ noſtræ Coryphæus, Reinerus ab Amſterdam. Atque hæc ſententia probatur etiam à Vveſembec. *hic*, Donello *in d. l. ult.* nec alienus Mantica *d. lib. 2. 13. n. 5.*

TITU-

Digitized by Google

TITULUS XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Continuatio, & argumentum tituli.

HActenus de fideicommiſſis univerſalibus, quibus ſcilicet hæreditas aut pars hæreditatis relinquitur: quæ à legatis multùm differunt: ſequuntur nunc fideicommiſſa ſpecialia, quibus relinquuntur res ſingulæ, quorumque & legatorum eadem ex conſtitutione Juſtiniani natura eſt, idemque effectus: nam exæquatio illa legatorum & fideicommiſſorum, de qua agitur *§.3. ſup. de legat. & l.2. Cod. comm. de leg.* ad ſola fideicommiſſa particularia pertinet, ut demonſtravimus in explicatione *d. §.3. & pr. tit. præc.* Docet hic Imperator, à quibus fideicommiſſa ſingularum rerum relinqui, tum quæ res per ea relinqui poſſunt: poſtremò in genere, quibus maximè verbis fideicommiſſa relinqui ſolent.

TEXTUS.

Summa.

Poteſt tamen quis etiam ſingulas res per fideicommiſſum relinquere; veluti fundum, argentum, hominem, veſtem & pecuniam numeratam; & vel ipſum hæredem rogare, ne alicui reſiſtat, vel legatarium: quamvis à legatario legari non poſſit.

NOTÆ.

Vel legatarium] Vel fideicommiſſarium etiam rei ſingularis, *§. ſeq. l.9. Cod. de fideicomm.* vel donatarium mortis cauſa, *l.77. §.1. de legat.2.* interdum & in contractibus fideicommiſſum conſtituit, exempl. *in l.27. pr. depoſ. l.77. de leg.2.*

A legatario legari non poſſit] Hoc etiam ad jus vetus referendum, Ulp. *tit.24. §.19.* Cajus *lib.2. tit.7.* Nam hodie hac quoque differentia ſublata, utique quod à legatario legatum eſt, valebit nunc jure fideicommiſſi, *arg. l.1. C. comm. de leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur olim à legatario legari non potuerit, & an hodie poſſit.*

FVndum, *argentum, veſtem, hominem*] Hæc nomina generalia quidem ſunt, verùm ſpecificè hic ſumuntur: intelligitur enim certa ſpecies ex eo genere relicta, *l. leg.37. de leg.1.* Cæterum & ſi quis fundos ſuos omnes, omne argentum, veſtem omnem, omnes ſervos per fideicommiſſum reliquerit, fideicommiſſum ſpeciale eſt, & ſimile legato.

Vel legatarium] Singulæ res per fideicommiſſum non ſolùm ab hærede relinqui poſſunt, verùm etiam à legatario. Poſſunt & ab hærede hæredis vel legatarii, *l.5. §.1. de leg.3.* Idem juris eſt de fideicommiſſario etiam rei ſingularis, *§.1. hoc tit. l. ab eo 9. C. de fideicommiſſis*, & donatario mortis cauſa, *l. cum pater 77. §.1. de legat.2. l.8. §.2. de tranſact.*

A legatario legari non poſſit] A legatario legari non poſſe, quamvis fideicommiſſa ab eo rectè dentur, diſcimus etiam *ex Ulp. t. 24. §. à legatario 19. & Gajo lib.2. tit.7. §.3.* Cujus differentiæ hæc ratio eſſe videtur, quòd legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus uti in eum ſolùm liceat, quem univerſi juris ſucceſſorem eſſe volumus, & locum noſtrum ſubire. Differit autem ita Juſtinianus, quaſi hæc differentia etiamnum obtineret, quod etiam Giphanio videtur, eò quòd hæc differentia naturalis, ſit, quoniam nulla legandi, à legatario formula dari poteſt. Ego verò à communi & recepta interpretum ſententia non recedo, qui cenſent, etiam hanc differentiam unà cum cæteris hodie ſublatam eſſe, legataque non minùs quàm fideicommiſſa à legatario relinqui poſſe. *per l.2. C. comm. de legat.* Equidem concedo, non omnibus legandi formulis, cùm à legatario legatur, locum eſſe: ſed quod Giphanius ait nullam dari poſſe, id nego. Per præceptionem hæredi à cohæredibus dumtaxat legari conſtat. Non video etiam, quomodò per vindicationem poſſit à legatario legari. Etenim ſi teſtator, poſtquàm legavit, *Titio fundum Tuſculanum, do, lego*, mox eumdem fundum Sejo leget hac formula, *Sejo eumdem fundum Tuſculanum ſibi habeto*: aut conjunctio erit, aut ademptio. Ac damnationis formulæ hic uſus eſſe poteſt: *Titius damnas eſto partem dimidiam fundi quem ei legavi, dare Sejo, Titium legatarium meum centum Sejo dare jubeo.* Nam & olim magna erat legatis per damnationem cum fideicommiſſis, affinitas, & nonnulla verba communia utriuſque generis, ut jubeo, volo, impero, damno, *vid. inf. §. ultim.* Quin etiam ſinendi modo à legatario rectè legari, defendi poteſt, veluti ſi teſtator dicat, *Titius legatarius meus damnas eſto ſinere C. Sejum ſibi habere partem fundi, quem ipſi legavi.* Non obſtat, quod Juſtinianus ſimpliciter ſcribit, à lega-

gata-

Digitized by Google

gatario legari non poſſe: nam præcedenti quoque titulo §. præterea 10. ſimpliciter ſcripſit, legata niſi ex teſtamento non valere. Omnes quippè §§. in quibus obſervat differentiam inter legata & fideicommiſſa, ex conſtitutione ſua emendationem recipere voluit: quamvis ſeparatim ita tractet, quaſi differentiæ adhuc maneant, id quod ſe facturum antea teſtatus eſt §.3. *ſup. de leg.* quo permixtio & ſimilitudo noviter introducta clarior eſſet & facilior.

TEXTUS.

Quæ relinqui poſſint.

1. *Poteſt autem non ſolùm proprias res teſtator per fideicommiſſum relinquere; ſed & hæredis aut legatarii, aut fideicommiſſarii, aut cujuſlibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommiſſarius non ſolùm de ea re rogari poteſt, ut eam alicui reſtituat, quæ ei relicta ſit: ſed etiam de alia, ſive ipſius, ſive aliena ſit. Hoc ſolùm obſervandum eſt, ne plus quiſquam rogetur alicui reſtituere, quàm ipſe ex teſtamento cœperit: nam quod amplius eſt, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommiſſum relinquitur, neceſſe eſt, ei qui rogatus eſt, aut ipſam rem redimere præſtare, aut æſtimationem ejus ſolvere.*

NOTÆ.

1. *Non ſolùm res proprias)* Quemadmodum etiam non ſolùm res ſuas teſtator legare poteſt, ſed etiam hæredis, & alienas, §. 4. *ſupra de legat.*

Aut fideicommiſſarii] Primi ſcil. ipſi enim fideicommiſſario rem ſuam inutiliter relinqui exiſtimo, per §.10. *ſup. d. t.*

Sive aliena) Valetque fideicommiſſum, ſi defunctus ſciverit rem alienam eſſe: non ſi ignoraverit, niſi conjectura voluntatis aliud ſuadeat, *L.*10. *C. de leg.* Vid. *ſup.* §.4. *d.t.*

COMMENTARIUS.

1 *Iam olim communia fideicommiſſis cum legatis.*

2. *Declaratio regulæ, Neminem poſſe rogari, ut plus reſtituat, quàm ipſe cepit.*

MUlta etiam jam olim fideicommiſſis communia cum legatis ferè: quale eſt hoc, 1 quod hic traditur de re, quæ teſtatoris propria non ſit, per fideicommiſſum relicta. Res quæ, cùm in commercio ſit, teſtatoris propria non eſt, eam neceſſe eſt vel hæredis eſſe, vel legatarii aut fideicommiſſarii, vel tertii alicujus; quæ ſola in hac tractatione plerumque aliena dicitur, ut notavimus §. 4. *ſupr. de leg.* Quemadmodum igitur non ſolùm res teſtatoris legari poteſt, ſed etiam hæredis, *d.* §.4. ita ſciamus, non ſolùm rem teſtatoris, ſed etiam hæredis per fideicommiſſum relinqui poſſe: & quod reſponſum eſt, valere hujuſmodi legatum, etiamſi teſtator exiſtimaverit rem ſuam eſſe, *l. unum* 67. §. *ſi rem* 8. *de leg.*2. id ad hujus generis fideicommiſſum quoque pertinere. Contra, quemadmodum res, quę legatarii eſt, ei inutiliter legatur, §. *ſed ſi rem* 10. *ſup. de leg.* ita & fideicommiſſario rem, quæ ipſius ſit, inutiliter relinqui. De re legatarii aut fideicommiſſarii alteri legata quæri olim non poterit, quia ab his legari non licebat, ſed tantùm fideicommiſſum dari. Nunc verò etiam in legatis huic quæſtioni locus eſt. Sed hoc præterit Juſtinianus; quippè cui hic ſermo eſt de fideicommiſſis, non conſiderata legatorum cum his exæquatione. Ait, per fideicommiſſum relinqui poſſe etiam rem legatarii aut fideicommiſſarii, à quo ſcilicet relinquitur, non cui relinquitur. Sed quid ſi in propoſito defunctus putaverit rem ſuam ſe relinquere? Dicemus, nihilominùs valere fideicommiſſum, eadem ratione, qua, ſi res hæredis eſſet, valeret, argum. *d. leg. unum* 67. §. *ſi rem* 8. *de legat.* 3. *d.* §. 4. *ſup. de leg. cum ibi notat.* Porrò illud quoque commune eſt, quod hic ait Juſtinianus, etiam rem cujuſlibet alterius, quæ uno nomine in hoc argumento aliena dicitur, per fideicommiſſum relinqui poſſe: nam legari poſſe docuit *d.* §.4. Denique illud etiam, quod eodem loco pleniùs à nobis in commentariis relatum eſt, legatum rei alienæ non ſemper deberi, ſed intereſſe, utrùm teſtator ſciverit, an ignoraverit, eſſe alienam; atque illo demum caſu, non hoc valere legatum, niſi conjectura voluntatis aliud ſuadeat, ſciendum eſt ad fideicommiſſum quoque rei alienę pertinere, *l.*10. *C. de leg.*

Etiam de alia, ſive ipſius] Legatarii ſcil. qui rogatur, aut fideicommiſſarii primi: nam per fideicommiſſum non modò reddendi onus imponi poteſt, ſed etiam dandi. Ipſi verò fideicommiſſario rem ſuam inutiliter relinqui exiſtimo, *arg.* §. *ſed ſi rem* 10. *ſup. de leg.* & mutuæ exæquationis legatorum & fideicommiſſorum, quicquid contra diſputet Bachovius.

Ne plus rogetur quiſquam reſtituere] Hoc ſummam rationem habet. Ut enim licet morientibus eam legem, quam velint, ſuis rebus date; 2 tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium, cui nihil dedit, oneret, aut oneret quemquam ſupra id, quod ei relinquit, & diſponat de alieno, *l.*1. §. *ſi is qui* 37. *ad ſen. Treb. l.*1. §. *ſciendum* 6. *de leg.*3. *l. filiusf.* 114. §.3. *de leg.* 1. *l.*9. *Cod. de fideic.* Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones: quæ tamen non tam exceptiones ſunt, quàm declarationes regulæ. Cujuſmodi eſt, quod, ſi alicui centum legata ſint, & is duplum poſt tempus reſtituere rogatus ſit, placet valere fideicommiſſum etiam ultra ſummam legatam, quatenus intermedio tempore uſuræ perceptæ eam excedunt, *l. Imperator.* 70. §. 1. *de legat.*2. Tale item eſt illud, quòd qui acceptis centum

Digitized by Google

tum rogatus ſit rem propriam, quamvis majoris pretii, reſtituere, is agnito legato fideicommiſſo obſtringitur: quoniam agnoſcendo, legatum non majoris rem ſuam æſtimaſſe videtur, *d. l. Imperator*, §.1. *in fin.* Item hoc quod traditum eſt, ſi cui fundus legatus ſit, utque is eum fundum reſtituere ſit rogatus, & centum dare, valere fideicommiſſum, ſi legatarius interim centum ex fructibus perceperit, *d.l. filiusfam.* 114. §.3. *de leg.*1. Denique etiam illud, quòd duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretioſior eſt, reſtitui juſſa, fideicommiſſum debeatur, licèt legatarius viliorem elegerit, propterea quòd eam, quæ pluris erat, eligere potuiſſet, *l. planè* 94. §.2. *de leg.*1.

Redimere & præſtare, aut æſtimationem ejus ſolvere] Re aliena per fideicommiſſum relicta, is, qui rogatus eſt, vel redimere eam debet & præſtare; vel ſi dominus eam non vendat, æſtimationem ejus inferre, perinde ac juris eſt in rei alienæ legato: *l. non dubium* 14. §.2. *l. qui quatuor* 30. §. *ult. de legat.*3. quod latiùs explicatum *ſup.* §.4. *de legat.*

TEXTUS.

De libertate.

2. *Libertas quoque ſervo per fideicommiſſum dari poteſt: ut hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommiſſarius: nec intereſt, utrùm de ſuo proprio ſervo teſtator roget, an de eo, qui ipſius hæredis, aut legatarii, vel etiam extranei ſit. Itaque & alienus ſervus redimi & manumitti debet. Quòd ſi dominus eum non vendat, (ſi modò nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem, perceperit) non ſtatim extinguitur fideicommiſſaria libertas, ſed differtur, quoad poſſit tempore procedente, ubicumque occaſio ſervi redimendi fuerit, præſtari libertas. Qui autem ex fideicommiſſi cauſa manumittitur, non teſtatoris fit libertus, etiamſi teſtatoris ſervus ſit, ſed ejus, qui manumittit. At is, qui directò ex teſtamento liber eſſe jubetur, ipſius teſtatoris libertus fit; qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directò ex teſtamento libertatem habere poteſt, quàm qui utroque tempore teſtatoris fuerit, & quo faceret teſtamentum, & quo moreretur. Directò autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio ſervum manumitti rogat, ſed velut ex ſuo teſtamento libertatem ei competere vult.*

NOTÆ.

2. *Aut legatarii, &c.* Vid. *l.*24. §.12. *l.*39. *de de ic. lib.*2. *C. eod.*

Ejus qui manumiſit] *l.*7. *Cod. d. tit.* & tam contra tabulas quàm inteſtato ad bona manumiſſi venire poteſt, quaſi patronus: ſed operas ei imponere non poteſt, nec impoſitas ab eo petere, *l.*29. *de bon. libert.*

Orcinus] Orcinorum crebra in libris noſtris mentio, *l.*3. §.3. *de legit. tut.* *l.*8. *hæ inſt. l.*22. *de pecul. l.*2. *de ſtatu lib. &c.* Χαρωνιακὸς à Th. vocantur, eadem forma, qua Orcini ſenatores, quorum meminit Svet. *in Aug. cap.*35. à Plutarch. *in M. Anton.* Χαρωνῖται dicuntur.

COMMENTARIUS.

1 *Libertini Orcini & numquid juris in eos familiæ.*
2 *Differentiam libertatis directæ & per fideicommiſſum datæ non tolli l.*2. *Comm. de legat.*
3 *L.*5. *de man. teſt. cum aliis locis conciliata.*

ETiam libertates per fideicommiſſum dari poſſunt, & quidem largiùs, quàm directò, cùm non tantùm propriis ſervis, ſed etiam alienis per fideicommiſſum libertas dari poſſit, modò vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas teſtatoris exprimatur, teſte Licinio *in l. libertatem* 16. *de fideic. libert.* Quod ait, non tantùm propriis ſed etiam alienis, ex eo intelligitur, directò ſervis alienis libertatem dari non poſſe: quod etiam expreſsè reſcriptum eſt *in l.*9. *Cod. de teſtam. man.* Putaverit tamen quis, etiam in caſu libertatis ſervo alieno directò datæ favore libertatis defendi ei poſſe fideicommiſſariam, *arg. l. generaliter* 24. §. *ſi quis* 10. *l. de fideic. libert. l.*10. §. *ultim. de teſtam. tut.* ſed obſtant memorati textus, & maximè *l.*9. *C. de teſtam. manu.* quo loco reſcribitur, nec hæredis ſervo directò libertatem dari poſſe. Quòd ſi directò data ſaltem in vim fideicommiſſi valeret, id utique Imperatores conſulti non diſſimulaſſent, & *in l. ſi ſervus* 108. §. *ſi ſervus* 9. *de legat.* 1. tale legatum dicitur eſſe nullius momenti.

Vel legatarius vel fideicommiſſarius] Qui, ſi teſtatoris ſervus eſt, ab hærede eum redimere & manumittere, ſi modò quod à defuncto iis relictum eſt, agnoverit.

Aut legatarii] Quo caſu legatarius accepto legato cogetur ſervum manumittere, etiamſi fortaſſe minus ſit in eo, quod accepit, quàm in pretio ſervi, *d. l. generaliter*, §. *ſi quis* 12. *de fideic. libert.* quia non pluris ſervum ſuum æſtimaſſe videtur, *l. ſed ſi* 35. *ad leg. Falc.*

Aut etiam extranei] *l.*6. *Cod. de fideic. lib.* Cæterum legatarius alienum ſervum manumittere rogatus, non aliàs erit cogendus, quàm ſi tanti poſſit redimere, quanti eſt id, quod ex judicio defuncti conſecutus eſt, *d. l. generaliter*, §. *ſi quis.*

Non ſtatim extinguitur libertas] Si dominus ſervum ſuum, cui libertas per fideicommiſſum relicta eſt, vendere nolit, non ideò protinus fideicommiſſum extinguitur, ſed expectanda eſt emen-

res lites excipiebat, & ſolutum creditoribus à
fideicommiſſario repetebat: ſicut è diverſo fidei-
commiſſario cum hærede agendum erat, ut quod
à debitoribus exegiſſet, redderetur. Ob has diffi-
cultates & litium anfractus facilè eveniebat, ut
alter damnum pateretur, vel propter calum-
niam, vel propter inopiam alterius: quod cùm ex
Trebelliano reſtituitur hæreditas, commodè po-
teſt vitari. Nam quatenus hæreditas reſtituta
eſt, eatenus hæres ſi conveniatur, exceptione
reſtitutæ hæreditatis ſe tueri poteſt; & viciſſim
ſi ipſe experiatur, eadem exceptione repelli. Ca-
ptioſas igitur haſce ſtipulationes Papinianus ap-
pellat, non quia callidæ aut argutæ; ſed quia ca-
ptioni & damno obnoxiæ, plenæque difficulta-
tibus, quia captioſæ propter has ſtipulationes
Senatuſconſulti Pegaſiani ambages, auctore Ju-
ſtiniano *l. 2. C. de vet. jur. enucl.* Captioſum enim
noſtris etiam id dicitur, quod alicui fraudi aut
damno eſt, *l. 5. de tranſact. l. 14. §. aliquando 5.
verſ. unde quidam. quod met. ca. l. 6. §. ſi quid 10.
quæ in fraud. cred.* Rectè igitur Theophilus red-
didit ἐπιζημίους, id eſt, damnoſas: neque cauſam
video, cur Bachovio hæc ratio appellationis non
placeat.

In legibus magis ſimplicitas] Laudat in *§. cæte-
rum 3. inſ. de legit. agn. ſucceſſ.* legem 12. tabula-
rum, quòd ſimplicitatem legibus amicam ample-
xa ſit in legitima agnatorum ſucceſſione: Quod
autem legumlatoribus in condendis legibus pla-
cere videmus, id etiam in earum interpretatione
nobis ſequendum eſt, vitandæque argutiæ, ſubti-
litates, ſcrupuloſitates, obſcuritates, diſtinctiones
ac differentiæ nimiæ.

Senatuſconſulto Trebelliano præſtare] Quod pla-
nius erat, & citra captioſos circuitus ipſo ju-
re, quoad vim & effectum, transferebat id,
quod non niſi per ſtipulationes interpoſitas, lon-
goſque & captioſos ambitus Pegaſianum exeque-
batur.

Vel quartam, vel quod deeſt] Hinc interpretes
quartam hanc dixere Trebellianicam. Veteribus
autem numquam alio nomine, quàm Falcidiæ
appellatur, ut oſtendi *ſup. §. 5.* nimirum quia Se-
natuſconſulto Pegaſiano non tam nova quarta
introducta fuit, quàm quarta Falcidiæ producta
2 ad fideicommiſſa univerſalia. Ex quo porrò in-
telligitur, appellatione quartæ Falcidiæ etiam
propriè hanc quartam contineri, & proinde po-
ſitis terminis habilibus, atque in dubio, ubi ex-
preſsè nulla differentia conſtituta eſt inter quar-
tam, quam hæres de ſingulis rebus detrahit, &
quam retinere poteſt ex fideicommiſſo hæredita-
tis, quicquid de Falcidia jure noſtro cautum eſt,
ex æquo ad utramque quartam pertinere. Veluti
quod Juſtinianus conſtituit, ut hæres, qui in-
ventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ
amittat, *l. ult. §. pen. Cod. de jur. delib.* item quòd
Falcidiæ locus non eſt, ſi teſtator expreſsè ve-
tuerit hæredem ea uti. *Nov. 1. cap. 2.* Omninò
enim veriſimile eſt, Juſtinianum perpetuum om-
nium auctorum juris uſum ſecutum, utramque
quartam uno Falcidiæ nomine comprehendiſſe:
Atque hoc ſi animadvertiſſent interpretes, nemo
eorum repertus eſſet, qui auſus fuiſſet hoc nega-
re. At nunc tanta frequentia in contrarium itum
eſt, ut difficile dictu ſit, utra ſententia majori
numero & rerum judicatarum auctoritate nita-
tur, *vid. Ferrar. in form. libell. per leg. rei ſing.
num. 5. Gom. 1. reſol. 5. num. 11. & 12. Everh. in
Top. à Falc. ad Trebell. loco 34. Gail. 2. obſ. 138.
num. 16. Clar. §. teſtam. quæſt. 62. Mantic. 7. de conj.
ult. vol. 11. & 12. Fachin. 5. cont. 4. Perez ad tit. C.
de jur. del. num. 14. & C. ad Senatuſconſult. Treb.
num. 20. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 316. & vol. 4. deciſ.
25. 51. & 55. D. Tulden. comm. in tit. præc. cap. 3.*
Apparet tamen ex allegatis, à Chriſtinæo ſic ferè
uſu receptum eſſe, ut etiam detractio quartæ Se-
natuſconſulti expreſsè prohiberi poſſit, præter-
quàm in liberis primi gradus, quos etiam apud
nos obtinere refert Grot. 2. *Manud.* 20. Intellige
autem per liberos primi gradus non tãtùm filios,
ſed etiam nepotes, &c. quos nemo in ſuo ordine
antecedit. Ob inventarium verò non confectum
hæredem non amittere quartam Senatuſconſulti.
Et ita ſæpiſſimè judicatum. *Mynſ. 3. obſ. 60. Gail.
d. obſ. num. 3. & 6. Deciſ. Cur. Holl. 3. add.* citat. à 3
Chriſtin. d. deciſ. 51. num. 3. Jure Canonico liberis
univerſali fideicommiſſo gravatis duplex detra-
ctio permiſſa eſt, legitimæ & Trebellianicæ, *cap.
Raynutius, C. de teſtam.* quod quamquam legibus
civilibus incognitum eſt, *vid. Cujac. 8. ob. 5. Ho-
tom. illuſt. quæſt. 43.* uſu tamen etiam in foro civili
per totum mundum receptum eſſe, & tamquam
Euangelium practicari, teſtantur *Bald. & Iaſ. in
auth. res quæ, C. comm. de legat. Caſtr. in leg. jube-
mus 6. C. ad Senatuſconſ. Trebell. Chriſtin. vol. 1. de-
ciſ. 245. & deciſ. 315.* eoque jure etiam nos utimur
Grot. 2. manuduct. 20. deciſ. Cur. Holl. 3. & 17. In
cæteris, quod ad hunc juris articulum attinet, ſe-
quimur in his regionibus jus commune, *Grot. d.
loc. Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 11.* ubi tamen dubi-
tari poſſe ſcribit, an in locis, in quibus hæredes
inſtituti pro legatariis habentur, ut apud Ganda-
venſes & Cortracenſes, admittenda ſit Falcidiæ
aut Trebellianicæ detractio: & magis exiſtimat,
admittendam non eſſe, *arg. & lex Falcidia 47. §.
1. ad l. Falc.*

Vel repetere ſolutum] Solutum ſcilicet errore 4
facti, *l. error 9. C. ad leg. Falc.* Reperitur autem hoc
non beneficio Senatuſconſulti; ſed jure commu-
ni, quo ejus, quod per errorem quacumque ex
cauſa ſolutum eſt, omnibus repetitio conceditur.
De quo diligentiùs ſuo loco.

Pro rata portione] Si pars tantum hæreditatis
reſtitui juſſa eſt, pro parte non reſtituta actiones
apud hæredem remanent, pro reſtituta tran-
ſeunt in fideicommiſſarium. Si tota hæreditas, aut
integra alicujus hæredis portio, ſi hæres eam to-
tam reſtituit, (ſponte, an coactus nihil refert)
transferuntur actiones omnes: ſi dodrantem re-
tenta quarta ex Senatuſconſulto, pro dodrante
transferuntur, pro quadrante remanent, *l. 1. C. hoc
tit.* Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo,
qui

Digitized by Google

qui legatis oneratus eſt, qui ſolus cogitur reſpondere creditoribus. Dividuntur aurem actiones pro competenti cujuſque parte ſimul atque facta eſt reſtitutio, id eſt, ſi hæres verbo dixerit ſe reſtituere, aut per epiſtolam vel nuntium reſtituerit, quamvis fideicommiſſarius nondum nactus ſit rerum poſſeſſionem, *l. reſtituta 37. l. facta 63. in pr. hoc tit.* Quòd autem etiam in ponenda
5 ratione Senatuſconſulti deduci dicitur æs alienum, *l. 5. C. eod.* eo nihil aliud ſignificatur, quàm quòd in conſtituenda ſumma bonorum ineatur etiam ratio æris alieni, idque de bonis deducatur, ut ſciri poſſit, quantum æris alieni in fideicommiſſarium cum portione reſtituta transſeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis eſſe, ex his centum deberi. Hic fideicommiſſario reſtituentur clxxv. ac pro hac portione, id eſt, pro novem unciis, transferetur in eum onus æris alieni; cxxv. retinebit hæres, pro qua parte ipſe à creditoribus conveniendus erit. Sic enim omnino res tranſigenda eſt, poſtquàm placuit actiones pro rata parte in utrumque dari. Quod non ſatis re-
6 ctè mihi explicuiſſe videtur Vveſemb. & poſt eum Chriſtin. *vol. 4. dec. 53. num. 5.* Quamvis autem hæres fiduciarius pro parte ſua onus æris alieni ſubeat, onera tamen legatorum ad ſolum fideicommiſſarium ſpectare, communiter placuit, *Accurſ. in leg. 1. §. ult. hoc tit. DD. in leg. 2. & leg. ult. Cod. eod. Tholoſan 42. ſyntagn. 31. num. 3. D. Tulden. comm. in hunc tit. cap. 4.* Quæ ſententia, etſi Donello in *d. leg. 2.* falſiſſima, mihi tamen vera videtur. Nam cùm quarta pariter ex legatis & fideicommiſſo detrahatur, *leg. 3. §. 2. eod.* utique ex reſiduo dodrante, quem totum hæres reſtituit, legatariis ſatisfaciendum: alioqui non habiturus eſſet hæres quartam integram; niſi dicamus, hæredem nihilominùs à legatariis rectè pro ſua parte conveniri, & quod ſolvit, à fideicommiſſario eum repetere debere, ſibique imputare, quòd portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in propoſito dici non poteſt: quoniam auctoritate ſenatus dodrante unde omnia legata præſtanda ſunt, reſtituto, actiones legatariorum in fideicommiſſarium transferuntur, qui conventus, quod ſibi detractum, legatariis pro rata imputavit, *argum. leg. 3. in pr. eod.* Planè, ſi, antequàm reſtitutio facta eſt, legatarii petant, puto, hæredem exceptione adjuvari non debere, cùm, ſi ſolvat, hoc minus ex cauſa fideicommiſſi reſtituat, *argum. leg. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. 7. in fin. eod.* Quòd ſi hæres minus dodrante reſtituere rogatus eſt, pro eo, quod ultra quartam habet: etiam legatorum & fideicommiſſorum ſpecialium onera ad eum pertinere, certum eſt, *leg. 1. §. pen. eod. Salic. in d. l. 2. & leg. ult. Cod. eod. Grot. 2. manud. 20. Mynſ. Schneid. hic.* Ad quem caſum plerique cum Gloſſa etiam referunt *dict. leg. 1.* Bachovius in *not. ad Treutl. vol. 2. diſput. 14. theſ. 9.* putat, hanc *d. l.* ſententiam eſſe quod fideicommiſſarius cogatur pati, ut tam de ſua parte, quàm de legatis quarta detrahatur, cum *Vinnius in Inſtitut.*

concurrentibus legatariis de reſtituenda hæreditate agitur.

Nec damno nec commodo] Quod meritò placuit, Nam neque damnum ullum hoc caſu ſentire hæredem æquum eſt, propterea quod coactus contemplatione alterius adit, neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *l. 4. hoc tit.* de quo etiam dictum §. proximè præced.

Textus.

De quibus hæredibus & in quibus fideicommiſſariis ſupradicta locum habeant.

8. *Nihil autem intereſt, utrùm aliquis ex aſſe heres inſtitutus, aut totam hereditatem, aut pro parte reſtituere rogatur; an ex parte heres inſtitutus, aut totam eam partem, aut partem partis reſtituere rogatur. Nam & hoc caſu eadem obſervari precipimus, que in totius hereditatis reſtitutione diximus.*

Commentarius.

Sententia hujus loci ſatis plana eſt. Non tantùm qui ex aſſe inſtitutus eſt & rogatus aut totam hæreditatem aut partem ejus reſtituere, poteſt vel ultrò adeundo & reſtituendo partem quartam aut quod quartæ deeſt retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum; vel ſuſpectam hæreditatem dicendo exonerari, totamque transferre in eum, qui adire cogit, *l. cogi 16. §. ſi quis 44. hoc tit.* verùm etiamſi quis ex parte & verbi cauſa ex ſemiſſe hæres inſtitutus ſit, rogatuſque partem illam reſtituere, poteſt quartam partem hujus partis, & in propoſito ſeſquiunciam retinere, ut actiones hæreditariæ pro rata remaneant & tranſeant. Poteſt & partem totam ultrò reſtituendo, aut adire recuſando, prætoriſque juſſu adeundo, omnes actione abs ſe removere & transferre in fideicommiſſarium. Denique qui partem partis, ex qua inſtitutus eſt, reſtituere rogatur, poteſt ſimiliter, ſi quartam partem ſuæ partis ſalvam judicio defuncti non habeat, quod ei deeſt, retinere: & recuſans adire, deſiderante fideicommiſſario cogi à prætore, ut adeat, totamque illam partem reſtituat cum omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula, *Quod juris eſt in toto, quantum ad totum, idem juris eſt in parte, quantum ad partem, l. quæ de tota 76. de rei vend. l. 3. pro derel. §. ſi rem 12. in fin. ſup. de legat.* Simile eſt, quod ſup. §. 1. *de l. falc.* docuit, in ſingulis hæredibus rationem legis Falcidiæ poni Ex. g. ſi quis ex ſemiſſe hæres inſtitutus ſit, rogatuſque partem illam reſtituere, poteſt quartam partem hujus partis retinere.

Digitized by Google

Textus.

De eo, quod hæres voluntate teſtatoris deducit, præcipitve.

9. *Si quis una aliqua re deducta, ſive præcepta, quæ quartam continet (veluti fundo vel alia re) rogatus ſit reſtituere hæreditatem, ſimili modo ex Trebelliano Senatusconſulto reſtitutio fiet, perinde ac ſi quarta parte retenta rogatus eſſet reliquam hæreditatem reſtituere. Sed illud intereſt, quod altero caſu, id eſt, cum deducta ſive præcepta aliqua re reſtituitur hæreditas, in ſolidum ex eo Senatusconſulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud hæredem, ſine ullo onere hæreditario apud eum remanet, quaſi ex legato ei acquiſita. Altero verò caſu, cum quarta retenta rogatus eſt hæres reſtituere hæreditatem, & reſtituit, ſcinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommiſſarium, pro quadrante remanent apud hæredem. Quinetiam licèt una aliqua re deducta aut præcepta, reſtituere aliquis hæreditatem rogatus ſit, in qua maxima pars hæreditatis contineatur, æquè in ſolidum transferuntur actiones. Et ſecum deliberare debet is, cui reſtituitur hæreditas, an expediat ſibi reſtitui. Eadem ſcilicet interveniunt, & ſi duabus pluribusve rebus deductis præceptiſve, reſtituere hæreditatem rogatus ſit. Sed etſi certa ſumma deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus ſit aliquis hæreditatem reſtituere, idem juris eſt. Quæ autem diximus de eo, qui ex aſſe inſtitutus eſt, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres ſcriptus eſt.*

Notæ.

9. *Una aliqua re deducta*] Qui certa aliqua re aut ſumma deducta rogatus eſt hæreditatem reſtituere, ſimilis eſt hæredi, cui ex re certa inſtituto cohæres ſimpliciter datus, nam & illum & hunc pro legatario haberi placet, *l.1.§.ult.h.t. leg. pen.C.de hær.inſt.*

In qua maxima pars hæreditatis] Nam pretium rei non mutat rationem juris; onera autem non patitur, niſi qui partem jure hæreditario, retinet, *d.leg.3. l. 30.§.3.* Quòd ſi res deduci juſſa quartam partem non exæquet, poterit hæres quod deeſt, jure hæreditario retinere, per *leg. 1.§. 16. eod.*

Duabus pluribusve] Ratio, quia ſemper inſpicitur, utrùm qua pars jure hæreditario hæredi attribuatur, an in rebus ſingulis.

Qui ex parte hæres] Ut ſi præcepta re aliqua rogatus reſtituere, res illa apud eum ſine onere remaneat.

Commentarius.

1 *An & quatenus in caſu propoſito conſumpta portione reſtituta legatarii & creditores cum hærede agere poſſint.*

Suprà *tit. de hæred. inſt. ſup. §. & ſi plures* 8. docuimus, ſi quis ſolus ex re certa inſtitutus fuerit, eum perinde hæredem fieri, omniumque bonorum hæreditatem obtinere, ac ſi ſimpliciter ſine ulla mentione rei ſcriptus eſſet, ex *l. 1. §. ſi ex fundo, d. tit. cohæredi* 41. *§. ult. de vulg. & pup.* At ſi plures inſtituti ſint, quidam ex re certa, alii ſimpliciter aut ex parte hæreditatis, tum eos ſolos hæredes effici, qui ſimpliciter aut ex quota ſcripti ſunt; qui ex certa re aut ſumma, pro legatariis haberi, *l. pen. C. de hær. inſt.* niſi hæredes partis univerſæ defecerint. tum enim idem juris eſſe ac ſi inſtituti in re ſingulari ab initio ſoli fuiſſent. Huic poſteriori ſpeciei ſimilis eſt, quæ hoc loco proponitur, videlicet eum quis deducta certa re vel ſumma rogatus eſt hæreditatem reſtituere. Reſtituta enim in propoſito hæreditate fideicommiſſarius inſtar cohæredis eſt, hæres inſtar ejus, qui ex re certa inſtitutus cohæredem habet ſcriptum ſimpliciter. Quamobrem recuſante quidem fideicommiſſario hæreditatem recipere, ſolus qui rogatus eſt & adiit; hæres erit: at hæreditate recepta, jam ſolus fideicommiſſarius hæredis locum obtinet, alter tanquam cohæres ex re certa vicem ſubit legatarii.

Una aliqua re] Quæ præced. *d. §§.* dicta ſunt de diviſione actionum hæreditariarum inter hæredem fiduciarium, qui parte aliqua ex voluntate defuncti retenta reliquam hæreditatem reſtituit, & fideicommiſſarium Trebellianum, ea tunc obtinere hic docemur, quando quis rogatus eſt hæreditatem reſtituere retenta parte aliqua hæreditatis ſeu aſſis, ſive, ut vulgò interpretes loquuntur, deducta quota. Aliud autem longè eſſet, ſi quis præcepta re aliqua, veluti fundo, aut ſumma, puta centum aureis, reſtituere rogatus ſit; quamvis ea res vel ſumma quartam partem vel amplius contineat. Nam etſi hic quoque ſimiliter reſtitutio ex Senatusconſulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta, nullave onera hæreditaria apud hæredem remanere, ſed hæc omnia tranſire ad fideicommiſſarium; hæredemque præceptum habiturum jure legatarii, id eſt, ſine ullo onere hæreditario, quo conſtat legatarios non premi, *l. ſi hæreditatem 32. mand. leg. ult. C. de hær. act.* Marcianus breviter & dilucidè rem totam proponit in *leg. ſi legatus 30. §. hoc tit. Multum intereſt*, inquit, *utrùm qua pars jure hæreditario retineatur, an verè in re vel pecunia: nam ſuperiore caſu actiones dividuntur in-*

ter

Digitized by Google

ter hæredem & fideicommiſſarium ; poſteriore verò apud fideicommiſſarium ſunt actiones. Huc pertinet, *leg. 1. §. ult. eod.* Quod ſi hæres coactus à prætore adierit, etiam commodo præceptionis privabitur, *leg. ita 27. §. ſi præceptis 14. eod.*

Quæ quartam continet] Quòd ſi res deduci juſſa quartam partem non exæquet, tum hæres vel ad ſupplementum agere poterit, vel quod quartæ deeſt, jure hæreditario retinere, *Gloſſ. & DD. hic arg. §. ſed quia 7. hoc tit. l. 1. §. ſi hæres 16. eod.* Æquum autem tunc eſſe, ut hæres ſaltem pro ratione iſtius ſupplementi creditorum actiones excipiat, utique in ſubſidium, cenſent Gloſſa in *d. l. 1. § ult. Cantiunc. & Mynſ. hic*.

Ex Senatuſconſulto Trebelliano] Ante transfuſionem Pegaſiani in Trebellianum, ſi hæres non ultra dodrantem reſtituere juſſus erat, reſtitutio fiebat ex Senatuſconſulto Trebelliano. Hoc cum noſtri dicunt, perpetuò ſignificant, actiones pro parte transferri. Si amplius dodrante, reſtitutio fiebat ex Pegaſiano. Quo caſu actiones apud hæredem remanebant, & ſtipulationes interponebantur, ſecundùm ea, quæ tradita ſunt, *§. ergo 6. eod.* Hodie remoto Pegaſiano diſtinctè pro parte reſtituta actiones tranſeunt. In caſu autem propoſito etiam antea reſtitutio fiebat ex Trebelliano, *l. 1. §. ſi hæres 16. eod.* actioneſque in ſolidum transferebantur; quoniam hæres, apud quem nulla pars jure hæreditario remanet, ſimilis eſt legatario.

In qua maxima pars hæreditatis] Finge, eum, qui quadringenta poſſidebat, rogaſſe hæredem, ut præcepto fundo, qui trecentorum erat, hæreditatem Titio reſtitueret. Hîc etiam ſi fundus iſte maximam partem hæreditatis, id eſt, dodrantem contineat, nihilominus tamen reliquo reſtituto in ſolidum actiones in Titium transferuntur.
1 Neque enim pretium rei rationem juris mutat, aut efficit, quominùs res ſit ſingularis. Cæterum hoc caſu conſumpta portione reſtituta, fideicommiſſario ſubveniendum eſſe, hæredemque pro eo quod ultra quartam habet, legatariis reſpondere debere, tradunt *Cantiunc. & Mynſ. hic*. Et multò ergo magis pro eadem quantitate tenebitur creditoribus: quippè quibus in ſubſidium etiam pro tota ea parte, quam præcepit, teneatur, ſi hæreditas ſolvendo non ſit, ut vult idem *Mynſing. & Gothofr. in annot. marg. ad Schneid.* quod etiam tamquam certum atque apud nos quoque receptum tradit *D. Grot. 2. manud. cap. 20.* Etſi autem fortè rationi juris veteris hæc non ſatis conveniunt, & fortaſſis nec novo, ſi fideicommiſſarius inventarium facere neglexerit, quo caſu obligatur ultra vires receptæ hæreditatis; novo tamen juri conſentanea videntur, ubi fideicommiſſarius inventarium ex præſcripto Juſtiniani fecit, aut hæres à ſe factum ei ceſſit. Quorum alterutrum ſatis ei eſt ad exonerationem æris alieni, quatenus modum hæreditatis excedit, per ea, quæ habet *Bart. in l. in ratione 11. §. quod vulgo 5. ad Falc. num. 9. & 10.* quamquam Bachovius putat, etiamſi ipſe fideicommiſſarius ſolvendo non ſit, hæredem tamen in ſubſidium conveniri non poſſe, cùm aliud remedium creditoribus paratum ſit, & præcipuè hoc, ut ſi putent hæredem non eſſe ſolvendo, bonorum ſeparationem petant.

Et ſecum deliberare debet] Cautiùs faciet, ſi jure deliberandi non utatur, ſed novo beneficio inventarii, quod à Juſtiniano datum omnibus, quibus deliberandi poteſtas eſt de adeunda, aut ſuſcipienda hæreditate, *§. extraneis 5. ſup. de hær. qual.*

Si duabus pluribuſve] *L. ita tamen 27. §. ſi præceptis 14. hoc tit.* Quippè non multitudo rerum relictarum, ſed modus relinquendi juris differentiam inducit, inſpiciturque ſemper, utrùm qua pars in hæreditate ſeu jure univerſo hæredi attributa ſit, an in rebus ſingulis hæreditariis. Mynſingerus imperitè rem hæreditariam cum quota hæreditatis confundit.

Sed & ſi certa ſumma] Huc ergo pertinet *l. 1. §. 17. eod.* quem locum perperam DD. comm. aliò trahunt, nimirum ut probent, etiam retenta quarta parte hæreditatis actiones legatorum in ſolidum in fideicommiſſarium dari: quamquam vera mihi videtur propoſitio.

Ad eum, qui ex parte] Pone, eum, qui quadringenta habebat, duos hæredes inſtituiſſe, ſingulos ex ſemiſſe; alterumque rogaſſe, ut deducto fundo, qui centum valet, aut deductis centum, partem ſuam reſtitueret L. Titio. Titius recepta hæreditate ſolus pro ſemiſſe actiones excepit; cum ubi partis dimidiæ hæres rogatus eſt, ut retenta parte quarta aut quadrante ſuæ portionis reſtituat, atque reſtituit, pro ſextante obnoxius maneat.

Textus.

De fideicommiſſo hæredis ab inteſtato.

10. *Præterea inteſtatus quoque moriturus poteſt rogare eum, ad quem bona ſua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem ſuam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui reſtituat: cùm alioqui legata niſi ex teſtamento non valeant.*

Notæ.

10. *Inteſtatus moriturus*] Poterat dubitari, quia legitimi & honorarii hæredes nihil à defuncto, accipiunt, ſed illos lex hos prætor vocat: ejus autem, qui à defuncto nihil accipit, fideicommitti non poteſt, *leg. 9. C. de fideic.* Sed huic dubitationi occurrit Paul. *l. 8. §. 1. de jur. eod.* Ulp. *l. 1. §. 6. de leg. 3.* Nimirum etiam his hæreditatem tacitè à defuncto relinqui, dum eos non excludit

alios inſtituendo, quod pro jure ſuo facere poterat.

Legata niſi ex teſtamento] *l. 38. de cond. & dem.* Hoc autem dicit reſpiciens ad jus vetus: nam poſtquàm confuſa eſt legatorum & fideicommiſſorum natura, etiam hanc differentiam ſublatam eſſe tenebimus, *leg. 2. Cod. comm. fideic.*

Commentarius.

1 *Ratio cur etiam à legitimis & honorariis hæredibus fideicommiſſum relinqui poſſit.*

2 *An fideicommiſſum à legitimo hærede relictum, ſucceſſione propter repudiationem primi gradus agnati ad ſequentem devoluta, debeatur.*

Fideicommiſſum tam hæreditatis, quàm ſingulare, non ſolum teſtamento, verùm etiam codicillis relinqui poteſt. Quid ei obſervandum ſit, qui teſtamento relinquere fideicommiſſum hæreditatis velit, didicimus §. 2. *ſup. hoc tit.* nimirum ut directo teſtamento hæredem inſtituat, atque ab eo relinquat. Codicillis poteſt quidem & ab hærede teſtamentario relinqui, *leg. 3. §. 2. leg. 8. in pr. de jur. cod. Vlp. tit. 25. §. 9.* Cæterum poteſt & ab eo, qui ab inteſtato venturus eſt, ſive legitimus ſit, ſive honorarius ſucceſſor, *d. leg. 3. pr. d. leg. 8. §.* Unde quamvis de inſtituto tantùm hærede ſenatus loquatur, *l. 1. §. 2 hoc tit.* tamen ad legitimum quoque & honorarium per interpretationem conſultum ſenatusextenſum eſt, *dict. leg. 1. §. 5. & §. 6. leg. 6. §. 1. eodem.*

Inteſtatus moriturus] Dubitari potuit, an à ſucceſſore legitimo aut honorario fideicommiſſum rectè relinquatur. Sic enim jus eſt, ut ab eo, qui nihil à defuncto accipit, nihil per fideicommiſſum relinqui poſſit, *l. 9. C. de fideic.* Legitimi autem hæredes aut honorarii nihil à defuncto accipiunt, ſed illos lex 12. tabularum ad hæreditatem vocat, hos prætor ad bonorum poſſeſſionem.
1 Verùm hæc dubitatio facilè tolli poteſt. Quamvis enim in caſum non ademptæ hæreditatis legitimi hæredes à lege, honorarii à prætore vocentur: tamen cùm defunctus eos teſtamento facto excludere potuiſſet aliis hæredibus inſtitutis, (ſalva utique portione liberis & parentibus debita) hæreditatem ipſis tacitè relinquere videtur, dum nõ adimit, quod pro jure ſuo facere poterat. Atque hoc eſt, quod Juriſconſultus ſignificat in *l. 1. §. ſciendum 6. de legat. 3.* cum ait, *fideicommitti eorum poſſe, ad quod aliquid perventurum eſt, vel dum ipſis datur, vel dum non adimitur:* in quam ſententiam eleganter Paulus *l. 8. §. 1. de jur. cod.* Ideò, inquit, *fideicommiſſa dari poſſunt ab inteſtato ſuccedentibus, quoniam creditur paterfam. ſponte ſua his relinquere legitimam hæreditatem.* Ex quo etiam hoc efficitur, neminem poſſe fideicommittere hæredi ab inteſtato, niſi qui teſtamentum facere poteſt, *l. 3. in pr. de jur. cod. Vlp. d. tit. §. 3.* Eſtque hoc juris explorati, eos, qui teſtamentum facere non poſſunt, nec codicillos poſſe, *l. 6. §. 3. l. 8. §. 3. de jur. cod.* De illo quæſitum eſt, ſi quis inteſtatus decedês ab eo, qui primo gradu ei ſuccedere potuit 2
fideicommiſſum reliquerit, ſi illo repudiante, ad ſequentem gradum devoluta ſit ſucceſſio, an fideicommiſſum debeatur. Negat Ulp. *d. l. 6. §. pen. de legat. 3.* quod tamen idem affirmare videtur *l. ſi Titio 61. §. 1. de legat. 2.* & Julian. *leg. 3. de jur. cod.* Doctores vulgò cum *Accurſ. & Bart. ad d. ll.* intereſſe reſpondent, utrùm ſimpliciter hæredes ab inteſtato venientes gravati ſint, an aliquis nominatim: illo caſu fideicommiſſum à quolibet ſuccedente deberi; hoc caſu non deberi, niſi à cohærede gravati portionem ſuam repudiantis; quoniam is in portione accreſcente ſimilis eſt ſubſtituto, *argum. dict. l. 3. de jur. cod. junct. l. pater meus 29. §. 1. de legat. 2. add. Bart. in l. cum pater 77. §. cum exiſtimares 29. de legat. eod.* quæ diſtinctio rationem habet. Ant. Faber *4. conj. 15.* contendit, vitioſam eſſe lectionem *d. §. pen. leg. 1. de l. 3.* legendumque dempta negatione, *fideicommiſſum debere.* Mihi tam periculoſa confidentia non placet.

Legata niſi ex teſtamento] Legatum olim non niſi teſtamento aut codicillis teſtamento confirmatis dari potuit: credo, quòd civilibus verbis atque imperativis legis modo relinquebatur, *Vlp. tit. 24. fac. l. ſi ita 38. de cond. & dem.* quibus tantùm in teſtamento locus erat. Unde definitur legatum, donatio teſtamento relicta, *l. 36. de legat. 2.* Scilicet inconveniens viſum eſt, pro imperio aliquid mandare ei, quem non defunctus, ſed lex hæredem facit. Probabile tamen eſt, legata codicillis ab inteſtato data, interpretatione plerumq; adjuta, atque ut vim fideicommiſſi haberent, benignè recepta fuiſſe, *arg. l. Scævola 76. hoc tit.* Hodie autem poſtquàm conſtitutione Juſtiniani confuſa eſt legatorum & fideicommiſſorum natura, *l. 2. C. comm. de legat.* hanc etiam differentiam ſublatam eſſe tenebimus, & legata quoque ab inteſtato relicta directò valere, contra Joa. Fabrum, Angel. & Giphan.

Textus.

De fideicommiſſo relicto à fideicommiſſario.

11. *Eum quoque, cui aliquid reſtituitur poteſt rogare, ut id rurſum alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud reſtituat.*

Notæ.

11. *Vt id rurſum alii*] Atque in hac etiam reſtitutione placet actiones ex SC. transferri in fideicommiſſarium ſecundùm *l. 1. §. 8. h. tit.* Jus autem quartæ retinendæ ſolus hæres habet, non fideicommiſſarius, *l. 47. §. 1. ad leg. Falc. leg. 22. §. ult. hoc tit.*

Com-

Commentarius.

NOn modò hæres de reſtituenda hæreditate aut parte ejus rogari poteſt, verùm etiam fideicommiſſarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod acepit, rurſus alii reſtituat; atque in hac etiam reſtitutione placet actiones ex Senatuſconſulto transferri in fideicommiſſarium ſecundùm, *l.1.§.de illo 8.hoc tit.* poſſe & cogi primum fideicommiſſarium, qui totam hæreditatem, cùm ſuſpecta diceretur, recepit, totam reſtituere, *l.ſi patroni 55.§.2.eod.* Solus autem hæres beneficio legis Falcidiæ utitur, id eſt, jus quartæ retinendæ habet, *l. lex Falcidia 47.§.1. ad leg. Falcid.* Etenim cùm ſemel adita eſt hæreditas, omnis defuncti volunras rata conſtituitur, *d.l.55.§.2.* Proinde cæteri, quatenus ceperunt, & rogati ſunt reſtituere, fideicommiſſo obſtringuntur, *L. Lucius 78.§.hæres 11.hoc tit.* ſimiliter ut legatarii, à quibus fideicommiſſum relictum eſt, *leg. pœnales 32.§.ſi Titio 4.ad leg.falcid.* Planè, ſi hæres ut priori fideicommiſſario donaret, jure ſuo uſus non ſit, poſſe quartam ſecundo fideicommiſſario detrahi, reſponſum eſt, *l.1.§. inde Neratius 19.hoc tit.*

Textus.

De probatione fideicommiſſi.

12. *Et quia prima fideicommiſſorum cunabula à fide hæredum pendent, & tam nomen, quàm ſubſtantiam acceperunt, ideò D. Auguſtus ad neceſſitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eumdem Principem ſuperare contendentes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentiſſimus, Quæſtor ſacri palatii, ſuggeſſit, conſtitutionem fecimus, per quam diſpoſuimus, ſi teſtator fidei hæredis ſui commiſit, ut vel hæreditatem, vel ſpeciale fideicommiſſum reſtituat; & neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium numero, qui in fideicommiſſis legitimus eſſe noſcitur, poſſit res manifeſtari, ſed vel pauciores, vel nemo penitus teſtis intervenerit: tunc ſive pater hæredis, ſive alius quicumque ſit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo reſtitui aliquid voluerit: ſi hæres perfidia tentus adimplere fidem recuſat, negando rem ita eſſe ſubſecutam; ſi fideicommiſſarius ei jusjurandum detulerit, cùm priùs ipſe de calumnia juraverit: neceſſe eum habere, vel jusjurandum ſubire, quòd nihil tale à teſtatore audiverit, vel recuſantem ad fideicommiſſi vel univerſalis vel ſpecialis ſolutionem coarctari, ne depereat ultima voluntas teſtatoris fidei hæredis commiſſa. Eadem obſervari cenſuimus, etſi à legatario, vel fideicommiſſario aliquid ſimiliter relictum ſit. Quòd ſi is, à quo relictum dicitur, (poſtquàm negaverit) confiteatur quidem, aliquid à ſe relictum eſſe, ſed ad legis ſubtilitatem reccurrat, omninò ſolvere cogendus eſt.*

Notæ.

12. *Conſtitutionem fecimus*] Extat *in l. ult. C. de fideicomm.*

Qui in fideicommiſſis legitimus] Hoc à Theodoſio primùm conſtitutum eſt, *l. ultim. §. ult. Cod. de codicill.* Manet autem etiam nunc, ut ex hoc loco intelligitur. Quod verò hic ſancit, tunc ſolùm obtinet, cùm defunctus rem, quam præſtari voluit, fidei hæredis præſentis commiſit extra teſtamentum aut codicillos.

Priùs de calumnia juraverit] Id eſt, ſe non calumniandi vexandive aut hæredem religione utendi animo jusjurandum deferre, ſed quòd ita ſe rem habere, ut ait, planè perſuaſum habeat. Ratio juris poſtulat, ut is, qui jusjurandum defert, prior de calumnia jurare debeat, ſi hoc exigatur, *l.34.§.4.de jurejur.*

Vel jusjurandum ſubire] Neque enim jusjurandum in propoſito referri poteſt, cùm hic non agatur de eo, quod uterque, ſed quod ſolus hæres ſcire poteſt, & cujus actor ignarus eſt, quo caſu relationi non eſt locus, *d.l.34. pr.l.11.& ſeq.rer.amot.*

Commentarius.

1 *Quando diſpoſitioni h.§. locus.*
2 *Non mutari conſtituta l. ult. §. ult. C. de codic. nec l. 23. C. de fideic.*
3 *Hæredem in ſpecie propoſita non poſſe jusjurandum referre.*
4 *Gloſſema in fine textus obſervatum.*

AUdivimus ſuprà, fideicommiſſorum originem, nomen & ſubſtantiam à fide hæredum manaſſe. Hinc Juſtinianus argumentum ſumit mitifici in fideicommiſſa favoris, ut quemadmodum ex ſola fide hæredum ab initio pendebant, ita & ſola religione hæredum, quorum præſentium fidei aliquid commiſſum eſt, nunc conſiſtant, nec ordinariam probationem deſiderent. Conſtitutum hoc à Juſtiniano, *l.ult.C.de fideic.*

Neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium numero] Quando teſtator, contempta omni alia probatione ſcripturæ vel teſtium, fidei ſolius hæredis committit, ut aliquid præſtet, placet Juſtiniano, fideicommiſſum ab hærede præſtandum, idque ſive neget hæres, fideicommiſſum à ſe relictum, & jusjurandum ſuper ea re ſibi dilatum ſubire recu- 1

ſet, ſive ultrò fateatur, eſſe à ſe relictum, ſed dicat ſe non teneri, quia non ſolemniter relictum ſit, *d. l. ult.* Prius verbis conſtitutionis expreſſum eſt: alterum ex priore colligitur. Cur enim hæres jurare recuſans fideicommiſſum ſolvere cogitur? Non aliam utique ob cauſam, quàm quod recuſatio jurisjurandi tacitam confeſſionem habet, *l. manifeſta 38. de jurejur.* ut proinde multò magis fideicommiſſo eum obſtringi oporteat confeſſione aperta. Quia autem & prior caſus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum, ac contrarium ei quod de numero testium in ultima voluntate adhibendo placitum eſt, continetur, ideò conſtitutionem ſuam adverſùs tacitas
2 objectiones munivit. Si quis enim fortè objiciat, iniquum eſſe, ab hærede fideicommiſſum exigi citra ullam probationem, reſpondet illud hac in re iniquum non eſſe, ubi hæres jurejurando ſibi delato in ſua cauſa conſtituitur teſtis & judex, ut ſit in ejus poteſtate non teneri, jurando ſe neſcire quicquam relictum eſſe. Si quis dicat, in omni ſuprema voluntate ad minimum requiri quinque teſtes, *l. ult. §. ultim. Cod. de codic.* reſpondet id juſtum eſſe, cum res per teſtes probanda eſt, ne quid falſitatis admittatur, cujus nihil in ſpecie propoſita metui poteſt: quoniam teſtimonium ab ipſo hærede, eodemque debitore exigitur. Quod ergo traditum eſt in *l. ſi veritas 32. Cod. de fideic. cum ſimilib.* ex imperfecta ſcriptura nihil deberi, hoc etiam nunc manet, & niſi de fide ſcripturæ, quam teſtator ſervari voluit, juſto numero teſtium conſtet, fideicommiſſum exigi non poterit; conſule Mantic. *de conject. ultim. volunt. lib. 2. tit. 15. nu. 5.* Qua autem ratione motus jus hoc introduxerit Juſtinianus, in calce conſtitutionis exponit.

Qui in fideicommiſſis legitimus] Hoc à Theodoſio primùm conſtitutum eſt, *d. l. ult. C. de codic.* Antea enim cùm numerus teſtium in codicillis definitus non fuerit, vel duos idoneos ſuffeciſſe arbitror: *arg. l. ubi numerus 12. de teſtib.* de quo pleniùs ſub *§. ult. inf. de codic.* Manet autem nunc etiam jus conſtitutum *d. l. ult. §. ult. C. de codic.* ut ex hoc loco intelligitur. Nam quod *hic & d. l. ult. C. de fideic.* Juſtinianus ſancit, tunc ſolùm obtinet, cum defunctus rem, quam præſtari voluit, fidei hæredis præſentis commiſit extra teſtamentum aut codicillos.

Cùm prius ipſe de calumnia juraverit] Id eſt, ſe non calumniandi ſeu vexandi, hæredemque religione tuendi animo jusjurandum deferre; ſed quia ita ſe rem habere ſibi planè perſuaſum ſit: quod jusjurandum licèt aliàs in uſu eſſe deſierit, tamen in omni judicialis jurisjurandi delatione, ſi exigatur, præſtandum, juxta *l. jus jurandum 34. §. 4. de jurejur. Damhoud. prax. civil. c. 151. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 8.*

Vel jusjurandum ſubire] Conditione jusjurandi in judicio delata regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut ſolvere, *l. 9. C. de reb. cred.* Manifeſtæ enim confeſſionis eſſe creditur, nolle jurare, aut jusjurandum referre, *l. manifeſta 38. de jurejur.* At in propoſito ne referre quidem hæres 3
poteſt: quippè cùm hic agatur non de eo, quod uterque ſcire poteſt, ſed quod ſolus hæres, & cujus actor ignarus eſt: quo caſu relationi non eſt locus, *l. Marcellus 11. & ſeq. rer. amot. d. l. jusjurandum in pr. de jurejur.* & ita rectè *Mynſing. Schneid. Wesemb. hic.* mirumque eſt, veteres interpretes in re tam manifeſta variare.

Poſtquàm negaverit Hæc verba neque in ipſa conſtitutione Juſtiniani reperiuntur, & teſtibus Cujacio, Ruſtardo, Hotomanno, Contio, Fabrot, deſunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoſcit: & Jo. Faber quoque refert, ſe Bononiæ aliquos codices vidiſſe, à quibus aberant. Quare ſuſpicari licet, gloſſema eſſe. Si verò retineantur, non ita accipienda ſunt, quaſi non alia conditione hæres in ſpecie propoſita fideicommiſſo obligetur, quàm ſi priùs negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuſet: ſed ideò poſita, quia hic caſus ſolùm verbis expreſſus fuit: cæterum ſimpliciter, quiſquis confitebitur, de fideicommiſſo obligabitur: neque enim pœnæ cauſa hic quidquam conſtitutum, ut hæredis inficiatio coerceatur; in quo falluntur *DD. comm. Bar. Salic. Caſtr. Sichard. ad d. l. ult. Mynſing. Schneid. hic*: ſed totum voluntatis teſtatoris ſervandæ cauſa, ut disertè ſcriptum eſt in extremo *d. l. ult.* & tenent Jo. Fab. & Jaſ. *in d. l. ult.* quos etiam ex facto conſultus, non attenta communi opinione, in reſpondendo ſecutus eſt quondam Curiæ noſtræ Coryphæus, Reinerus ab Amſterdam. Atque hæc ſententia probatur etiam à Weſembec. *hic*, Donello in *d. l. ult.* nec alienus Mantica *d. lib. 2. 13. n. 5.*

TITU-

Digitized by Google

Titulus XXIV.

De ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis.

Continuatio, & argumentum tituli.

HActenus de fideicommiſſis univerſalibus, quibus ſcilicet hæreditas aut pars hæreditatis relinquitur: quæ à legatis multùm differunt: ſequuntur nunc fideicommiſſa ſpecialia, quibus relinquuntur res ſingulæ, quorumque & legatorum eadem ex conſtitutione Juſtiniani natura eſt, idemque effectus: nam exæquatio illa legatorum & fideicommiſſorum, de qua agitur §.3. *ſup. de legat. & l.2. Cod. comm. de leg.* ad ſola fideicommiſſa particularia pertinet, ut demonſtravimus in explicatione *d.* §.3. *& pr. tit. præc.* Docet hic Imperator, à quibus fideicommiſſa ſingularum rerum relinqui, tum quæ res per ea relinqui poſſint: poſtremò in genere, quibus maximè verbis fideicommiſſa relinqui ſolent.

Textus.

Summa.

Poteſt tamen quis etiam ſingulas res per fideicommiſſum relinquere; veluti fundum, argentum, hominem, veſtem & pecuniam numeratam; & vel ipſum hæredem rogare, ne alicui reſiſtat, vel legatarium: quamvis à legatario legari non poſſit.

Notæ.

Vel legatarium] Vel fideicommiſſarium etiam rei ſingularis, §. *ſeq. l.9. Cod. de fideicomm.* vel donatarium mortis cauſa, *l.77.* §.1. *de legat.2.* interdum & in contractibus fideicommiſſum conſtituit, exempl. *in l.27. pr. depoſ. l.77. de leg.2.*

A legatario legari non poſſit] Hoc etiam ad jus vetus referendum, Ulp. *tit.24.* §.19. Cajus *lib.2. tit.7.* Nam hodie hac quoque differentia ſublata, utique quod à legatario legatum eſt, valebit nunc jure fideicommiſſi, *arg. l.1. C. comm. de leg.*

Commentarius.

1 *Cur olìm à legatario legari non potuerit, & an hodie poſſit.*

F*Undum, argentum, veſtem, hominem*] Hæc nomina generalia quidem ſunt, verùm ſpecificè hic ſumuntur: intelligitur enim certa ſpecies ex eo genere relicta, *l. leg. 37. de leg.1.* Cæterum & ſi quis fundos ſuos omnes, omne argentum, veſtem omnem, omnes ſervos per fideicommiſſum reliquerit, fideicommiſſum ſpeciale eſt, & ſimile legato.

Vel legatarium] Singulæ res per fideicommiſſum non ſolùm ab hærede relinqui poſſunt, verùm etiam à legatario. Poſſunt & ab hærede hæredis vel legatarii, *l.5.* §.1. *de leg.3.* Idem juris eſt de fideicommiſſario etiam rei ſingularis, §.1. *hoc tit. l. ab eo 9. C. de fideicommiſſis*, & donatario mortis cauſa, *l. cum pater 77.* §.1. *de legat.2. l.8.* §.2. *de tranſact.*

A legatario legari non poſſit] A legatario legari non poſſe, quamvis fideicommiſſa ab eo rectè dentur, diſcimus etiam *ex Ulp. t. 24.* §. *à legatario 19. & Gajo lib.2. tit.7.* §.3. Cujus differentiæ hæc ratio eſſe videtur, quòd legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus uti in eum ſolùm liceat, quem univerſi juris ſucceſſorem eſſe volumus, & locum noſtrum ſubire. Differt autem ita Juſtinianus, quaſi hæc differentia etiamnum obtineret, quod etiam Giphanio videtur, eò quòd hæc differentia naturalis ſit, quoniam nulla legandi, à legatario formula dari poteſt. Ego verò à communi & recepta interpretum ſententia non recedo, qui cenſent, etiam hanc differentiam unà cum cæteris hodie ſublatam eſſe, legataque non minùs quàm fideicommiſſa à legatario relinqui poſſe, *per l.2. C. comm. de legat.* Equidem concedo, non omnibus legandi formulis, cùm à legatario legatur, locum eſſe: ſed quod Giphanius ait nullam dari poſſe, id nego. Per præceptionem hæredi à cohæredibus dumtaxat legari conſtat. Non video etiam, quomodò per vindicationem poſſit à legatario legari. Etenim ſi teſtator, poſtquàm legavit, *Titio fundum Tuſculanum, do, lego*, mox eumdem fundum Sejo leget hac formula, *Sejo eumdem fundum Tuſculanum ſibi habeto*: aut conjunctio erit, aut ademptio. At damnationis formulæ hic uſus eſſe poteſt: *Titius damnas eſto partem dimidiam fundi quem ei legavi, dare Sejo, Titium legatarium meum centum Sejo dare jubeo.* Nam & olim magna erat legatis per damnationem cum fideicommiſſis, affinitas, & nonnulla verba communia utriuſque generis, ut jubeo, volo, impeto, damno, *vid. inf.* §. *ultim.* Quin etiam ſinendi modo à legatario rectè legari, defendi poteſt, veluti ſi teſtator dicat, *Titius legatarius meus damnas eſto ſinere C. Sejum ſibi habere partem fundi, quem ipſi legavi.* Non obſtat, quod Juſtinianus ſimpliciter ſcribit, à lega-

gata-

Digitized by Google

gatario legari non poſſe: nam præcedenti quoque titulo §. *preterea* 10. ſimpliciter ſcripſit, legata niſi ex teſtamento non valere. Omnes quippè §§. in quibus obſervat differentiam inter legata & fideicommiſſa, ex conſtitutione ſua emendationem recipere voluit: quamvis ſeparatim ita tractet, quaſi differentiæ adhuc maneant, id quod ſe facturum antea teſtatus eſt §. 3. *ſup. de leg.* quo permixtio & ſimilitudo noviter introducta clarior eſſet & facilior.

TEXTUS.

Quæ relinqui poſſint.

1. *Poteſt autem non ſolùm proprias res teſtator per fideicommiſſum relinquere; ſed & hæredis aut legatarii, aut fideicommiſſarii, aut cujuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommiſſarius non ſolùm de ea re rogari poteſt, ut eam alicui reſtituat, quæ ei relicta ſit: ſed etiam de alia, ſive ipſius, ſive aliena ſit. Hoc ſolùm obſervandum eſt, ne plus quiſquam rogetur alicui reſtituere, quàm ipſe ex teſtamento cæperit: nam quod amplius eſt, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommiſſum relinquitur, neceſſe eſt, ei qui rogatus eſt, aut ipſam rem redimere præſtare, aut æſtimationem ejus ſolvere.*

NOTÆ.

1. *Non ſolùm res proprias*) Quemadmodum etiam non ſolùm res ſuas teſtator legare poteſt, ſed etiam hæredis, & alienas, §. 4. *ſupra de legat.*

Aut fideicommiſſarii] Primi ſcil. ipſi enim fideicommiſſario rem ſuam inutiliter relinqui exiſtimo, per §. 10. *ſup. d. t.*

Sive aliena) Valetque fideicommiſſum, ſi defunctus ſciverit rem alienam eſſe: non ſi ignoraverit, niſi conjectura voluntatis aliud ſuadeat, *l.* 10. *C. de leg.* Vid. *ſup.* §. 4. *d. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Iam olim communia fideicommiſſis cum legatis.*

2. *Declaratio regulæ, Neminem poſſe rogari, ut plus reſtituat, quàm ipſe cepit.*

MUlta etiam jam olim fideicommiſſis com-
1 munia cum legatis ferè: quale eſt hoc, quod hic traditur de re, quæ teſtatoris propria non ſit, per fideicommiſſum relicta. Res quæ, cùm in commercio ſit, teſtatoris propria non eſt, eam neceſſe eſt vel hæredis eſſe, vel legatarii aut fideicommiſſarii, vel tertii alicujus; quæ ſola in hac tractatione plerumque aliena dicitur, ut notavimus §. 4. *ſupr. de leg.* Quemadmodum igitur non ſolùm res teſtatoris legari poteſt, ſed etiam hæredis, *d.* §. 4. ita ſciamus, non ſolùm rem teſtatoris, ſed etiam hæredis per fideicommiſſum relinqui poſſe: & quod reſponſum eſt, valere hujuſmodi legatum, etiamſi teſtator exiſtimaverit rem ſuam eſſe, *l. unum* 67. §. *ſi rem* 8. *de leg.* 2. id ad hujus generis fideicommiſſum quoque pertinere. Contra, quemadmodum res, quę legatarii eſt, ei inutiliter legatur, §. *ſed ſi rem* 10. *ſup. de leg.* ita & fideicommiſſario rem, quæ ipſius ſit, inutiliter relinqui. De re legatarii aut fideicommiſſarii alteri legata quæri olim non potuit, quia ab his legari non licebat, ſed tantùm fideicommiſſum dari. Nunc verò etiam in legatis huic quæſtioni locus eſt. Sed hoc præterit Juſtinianus; quippè cui hic ſermo eſt de fideicommiſſis, non conſiderata legatorum cum his exæquatione. Ait, per fideicommiſſum relinqui poſſe etiam rem legatarii aut fideicommiſſarii, à quo ſcilicet relinquitur, non cui relinquitur. Sed quid ſi in propoſito defunctus putaverit rem ſuam ſe relinquere? Dicemus, nihilominùs valere fideicommiſſum, eadem ratione, qua, ſi res hæredis eſſet, valeret, argum. *d. leg. unum* 67. §. *ſi rem* 8. *de legat.* 3. *d.* §. 4. *ſup. de leg. cum ibi notat.* Porrò illud quoque commune eſt, quod hic ait Juſtinianus, etiam rem cujuslibet alterius, quæ uno nomine in hoc argumento aliena dicitur, per fideicommiſſum relinqui poſſe: nam legari poſſe docuit *d.* §. 4. Denique illud etiam, quod eodem loco pleniùs à nobis in commentariis relatum eſt, legatum rei alienæ non ſemper deberi, ſed intereſſe, utrùm teſtator ſciverit, an ignoraverit, eſſe alienam; atque illo demum caſu, non hoc valere legatum, niſi conjectura voluntatis aliud ſuadeat, ſciendum eſt ad fideicommiſſum quoque rei alienę pertinere, *l.* 10. *C. de leg.*

Etiam de alia, ſive ipſius] Legatarii ſcil. qui rogatur, aut fideicommiſſarii primi: nam per fideicommiſſum non modò reddendi onus imponi poteſt, ſed etiam dandi. Ipſi verò fideicommiſſario rem ſuam inutiliter relinqui exiſtimo, *arg.* §. *ſed ſi rem* 10. *ſup. de leg.* & mutuæ exæquationis legatorum & fideicommiſſorum, quicquid contra diſputet Bachovius.

Ne plus rogetur quiſquam reſtituere] Hoc ſum-
mam rationem habet. Ut enim licet morienti- 2
bus eam legem, quam velint, ſuis rebus dare; tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium, cui nihil dedit, oneret, aut oneret quemquam ſupra id, quod ei relinquit, & diſponat de alieno, *l.* 1. §. *ſi is qui* 37. *ad ſen. Treb. l.* 1. §. *ſciendum* 6. *de leg.* 3. *l. filiusf.* 114. §. 3. *de leg.* 1. *l.* 9. *Cod. de fideic.* Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones: quæ tamen non tam exceptiones ſunt, quàm declarationes regulæ. Cujuſmodi eſt, quod, ſi alicui centum legata ſint, & is duplum poſt tempus reſtituere rogatus ſit, placet valere fideicommiſſum etiam ultra ſummam legatam, quatenus intermedio tempore uſuræ perceptæ eam excedunt, *l. Imperator.* 70. §. 1. *de legat.* 2. Tale item eſt illud, quod qui acceptis cen-

tum

Digitized by Google

tum rogatus ſit rem propriam, quamvis majoris pretii, reſtituere, is agnito legato fideicommiſſo obſtringitur: quoniam agnoſcendo, legatum non majoris rem ſuam æſtimaſſe videtur, *d. l. Imperator*, §. 1. *in fin.* Item hoc quod traditum eſt, ſi cui fundus legatus ſit, utque is eum fundum reſtituere ſit rogatus, & centum dare, valere fideicommiſſum, ſi legatarius interim centum ex fructibus perceperit, *d. l. filiusfam.* 114. §. 3. *de leg.* 1. Denique etiam illud, quod duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretioſior eſt, reſtitui juſſa, fideicommiſſum debeatur, licèt legatarius viliorem elegerit, propterea quòd eam, quæ pluris erat, eligere potuiſſet, *l. planè* 94. §. 2. *de leg.* 1.

Redimere & præſtare, aut æſtimationem ejus ſolvere] Re aliena per fideicommiſſum relicta, is, qui rogatus eſt, vel redimere eam debet & præſtare; vel ſi dominus eam non vendat, æſtimationem ejus inferre, perinde ac juris eſt in rei alienæ legato: *l. non dubium* 14. §. 2. *l. qui quatuor* 30. §. *ult. de legat.* 3. quod latiùs explicatum *ſup.* §. 4. *de legat.*

TEXTUS.

De libertate.

2. *Libertas quoque ſervo per fideicommiſſum dari poteſt: ut hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommiſſarius: nec intereſt, utrùm de ſuo proprio ſervo teſtator roget, an de eo, qui ipſius hæredis, aut legatarii, vel etiam extranei ſit. Itaque & alienus ſervus redimi & manumitti debet. Quòd ſi dominus eum non vendat, (ſi modò nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem, perceperit) non ſtatim extinguitur fideicommiſſaria libertas, ſed differtur, quoad poſſit tempore procedente, ubicumque occaſio ſervi redimendi fuerit, præſtari libertas. Qui autem ex fideicommiſſi cauſa manumittitur, non teſtatoris fit libertus, etiamſi teſtatoris ſervus ſit, ſed ejus, qui manumittit. At is, qui directò ex teſtamento liber eſſe jubetur, ipſius teſtatoris libertus fit; qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directò ex teſtamento libertatem habere poteſt, quàm qui utroque tempore teſtatoris fuerit, & quo faceret teſtamentum, & quo moreretur. Directò autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio ſervum manumitti rogat, ſed velut ex ſuo teſtamento libertatem ei competere vult.*

NOTÆ.

2. *Aut legatarii, &c.* Vid. *l.* 24. §. 12. *l.* 39. *de de ic. lib.* 2. *C. eod.*

Ejus qui manumiſit] *l.* 7. *Cod. d. tit.* & tam contra tabulas quàm inteſtato ad bona manumiſſi venire poteſt, quaſi patronus: ſed operas ei imponere non poteſt, nec impoſitas ab eo petere, *l.* 29. *de bon. libert.*

Orcinus] Orcinorum crebra in libris noſtris mentio, *l.* 3. §. 3. *de legit. tut. l.* 8. *hæ inſt. l.* 22. *de pecul. l.* 2. *de ſtatu lib. &c.* Χαρωνεανὸς à Th. vocantur, eadem forma, qua Orcini ſenatores, quorum meminit Svet. *in Aug. cap.* 35. à Plutarch. *in M. Anton.* Χαρωνῖται dicuntur.

COMMENTARIUS.

1 *Libertini Orcini & numquid juris in eos familiæ.*
2 *Differentiam libertatis directæ & per fideicommiſſum datæ non tolli l. 2. Comm. de legat.*
3 *L. 5. de man. teſt. cum aliis locis conciliata.*

ETiam libertates per fideicommiſſum dari poſſunt, & quidem largiùs, quàm directò, cùm non tantùm propriis ſervis, ſed etiam alienis per fideicommiſſum libertas dari poſſit, modò vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas teſtatoris exprimatur, teſte Licinio *in l. libertates* 16. *de fideic. libert.* Quod ait, non tantùm propriis ſed etiam alienis, ex eo intelligitur, directò ſervis alienis libertatem dari non poſſe: quod etiam expreſsè reſcriptum eſt *in l.* 9. *Cod. de teſtam. man.* Putaverit tamen quis, etiam in caſu libertatis ſervo alieno directò datæ favore libertatis defendi ei poſſe fideicommiſſariam, *arg. l. generaliter* 24. §. *ſi quis* 10. *l. de fideic. libert. l.* 10. §. *ultim. de teſtam. tut.* ſed obſtant memorati textus, & maximè *l.* 9. *C. de teſtam. manu.* quo loco reſcribitur, nec hæredis ſervo directò libertatem dari poſſe. Quòd ſi directò data ſaltem in vim fideicommiſſi valeret, id utique Imperatores conſulti non diſſimulaſſent, & *in l. ſi ſervus* 108. §. *ſi ſervus* 9. *de legat.* 1. tale legatum dicitur eſſe nullius momenti.

Vel legatarius vel fideicommiſſarius] Qui, ſi teſtatoris ſervus eſt, ab hærede eum rediment & manumittent, ſi modò quod à defuncto iis relictum eſt, agnoverit.

Aut legatarii] Quo caſu legatarius accepto legato cogetur ſervum manumittere, etiamſi fortaſſe minus ſit in eo, quod accepit, quàm in pretio ſervi, *d. l. generaliter*, §. *ſi quis* 12. *de fideic. libert.* quia non pluris ſervum ſuum æſtimaſſe videtur, *l. ſed ſi* 35. *ad leg. Falc.*

Aut etiam extranei] *l.* 6. *Cod. de fideic. lib.* Cæterum legatarius alienum ſervum manumittere rogatus, non aliàs erit cogendus, quàm ſi tanti poſſit redimere, quanti eſt id, quod ex judicio defuncti conſecutus eſt, *d. l. generaliter*, §. *ſi quis*.

Non ſtatim extinguitur libertas] Si dominus ſervus ſuum, cui libertas per fideicommiſſum relicta eſt, vendere nolit, non ideò protinus fideicommiſſum extinguitur, ſed expectanda eſt

emen-

res lites excipiebat, & ſolutum creditoribus à fideicommiſſario repetebat: ſicut è diverſo fideicommiſſario cum hærede agendum erat, ut quod à debitoribus exegiſſet, redderetur. Ob has difficultates & litium anfractus facilè eveniebat, ut alter damnum pateretur, vel propter calumniam, vel propter inopiam alterius: quod cùm ex Trebelliano reſtituitur hæreditas, commodè poteſt vitari. Nam quatenus hæreditas reſtituta eſt, eatenus hæres ſi conveniatur, exceptione reſtitutæ hæreditatis ſe tueri poteſt; & viciſſim ſi ipſe experiatur, eadem exceptione repelli. Captioſas igitur haſce ſtipulationes Papinianus appellat, non quia callidæ aut argutæ; ſed quia captioni & damno obnoxiæ, plenæque difficultatibus, quia captioſæ propter has ſtipulationes Senatusconſulti Pegaſiani ambages, auctore Juſtiniano *l.2.C.de vet. jur. enucl.* Captioſum enim noſtris etiam id dicitur, quod alicui fraudi aut damno eſt, *l. 5. de tranſact. l. 14. §. aliquando 5. verſ. unde quidam. quod met. ca. l. 6. §. ſi quid 10. quæ in fraud. cred.* Rectè igitur Theophilus reddidit ἐπιζημίους, id eſt, damnoſas: neque cauſam video, cur Bachovio hæc ratio appellationis non placeat.

In legibus magis ſimplicitas] Laudat in §. *cæterum 3. inſ. de legit. agn. ſucceſſ.* legem 12. tabularum, quòd ſimplicitatem legibus amicam amplexa ſit in legitima agnatorum ſucceſſione: Quod autem legumlatoribus in condendis legibus placere videmus, id etiam in earum interpretatione nobis ſequendum eſt, vitandæque argutiæ, ſubtilitates, ſcrupuloſitates, obſcuritates, diſtinctiones ac differentiæ nimiæ.

Senatusconſulto Trebelliano præſtare] Quod planius erat, & citra captioſos circuitus ipſo jure, quoad vim & effectum, transferebat id, quod non niſi per ſtipulationes interpoſitas, longoſque & captioſos ambitus Pegaſianum exequebatur.

Vel quartam, vel quod deeſt] Hinc interpretes quartam hanc dixere Trebellianicam. Veteribus autem numquam alio nomine, quàm Falcidiæ appellatur, ut oſtendi *ſup.* §.5. nimirum quia Senatusconſulto Pegaſiano non tam nova quarta introducta fuit, quàm quarta Falcidiæ producta
2 ad fideicommiſſa univerſalia. Ex quo porrò intelligitur, appellatione quartæ Falcidiæ etiam propriè hanc quartam contineri, & proinde poſitis terminis habilibus, atque in dubio, ubi expreſsè nulla differentia conſtituta eſt inter quartam, quam hæres de ſingulis rebus detrahit, & quam retinere poteſt ex fideicommiſſo hæreditatis, quicquid de Falcidia jure noſtro cautum eſt, ex æquo ad utramque quartam pertinere. Veluti quod Juſtinianus conſtituit, ut hæres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat, *l.ult.§.pen. Cod. de jur. delib.* item quòd Falcidiæ locus non eſt, ſi teſtator expreſsè vetuerit hæredem ea uti. *Nov.* 1. *cap.* 2. Omninò enim veriſimile eſt, Juſtinianum perpetuum omnium auctorum juris uſum ſecutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendiſſe: Atque hoc ſi animadvertiſſent interpretes, nemo eorum repertus eſſet, qui auſus fuiſſet hoc negare. At nunc tanta frequentia in contrarium itum eſt, ut difficile dictu ſit, utra ſententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur, *vid. Ferrar. in form. libell. per leg. rei ſing. num.* 5. *Gom.* 1. *reſol.* 5. *num.* 11. & 12. *Everh. in Top. à Falc. ad Trebell. loco* 34. *Gail.* 2. *obſ.* 138. *num.* 16. *Clar.* §. *teſtam. quæſt.*62. *Mantic.*7. *de conj. ult. vol.* 11. & 12. *Fachin.*5. *cont.* 4. *Perez ad tit. C. de jur. del. num.* 14. & *C. ad Senatusconſult. Treb. num.* 20. *Chriſtin. vol.* 2. *deciſ.* 316. & *vol.*4. *deciſ.* 25. 51. & 55. *D. Tulden. comm. in tit. præc. cap.*3. Apparet tamen ex allegatis, à Chriſtinæo ſic ferè uſu receptum eſſe, ut etiam detractio quartæ Senatusconſulti expreſsè prohiberi poſſit, præterquàm in liberis primi gradus, quos etiam apud nos obtinere refert Grot. 2. *Manud.* 20. Intellige autem per liberos primi gradus non tàtùm filios, ſed etiam nepotes, &c. quos nemo in ſuo ordine antecedit. Ob inventarium verò non confectum hæredem non amittere quartam Senatusconſulti. Et ita ſæpiſſimè judicatum. *Mynſ.* 3. *obſ.* 60. *Gail. d. obſ. num.* 3. & 6. *Deciſ. Cur. Holl.* 3. *add.* citat. à 3
Chriſtin. d. deciſ. 51. *num.*3. Jure Canonico liberis univerſali fideicommiſſo gravatis duplex detractio permiſſa eſt, legitimæ & Trebellianicæ, *cap. Raynutius, C. de teſtam.* quod quamquam legibus civilibus incognitum eſt, *vid. Cujac.* 8. *ob.* 5. *Hotom. illuſt. quæſt.*43. uſu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum eſſe, & tamquam Evangelium practicari, teſtantur *Bald. & Iaſ. in auth. res quæ, C. comm. de legat. Caſtr. in leg. jubemus 6. C. ad Senatusconſ. Trebell. Chriſtin. vol.*1. *deciſ.*245. & *deciſ.*315. eoque jure etiam nos utimur *Grot.*2. *manuduct.*20. *deciſ. Cur. Holl.* 3. & 17. In cæteris, quod ad hunc juris articulum attinet, ſequimur in his regionibus jus commune, *Grot. d. loc. Gudelin. lib.*2. *de jur. nov. c.*11. ubi tamen dubitari poſſe ſcribit, an in locis, in quibus hæredes inſtituti pro legatariis habentur, ut apud Gandavenſes & Cortracenſes, admittenda ſit Falcidiæ aut Trebellianicæ detractio: & magis exiſtimat, admittendam non eſſe, *arg.* & *lex Falcidia* 47. §. 1. *ad l. Falc.*

Vel repetere ſolutum] Solutum ſcilicet errore 4
facti, *l. error.* 9. *C. ad leg. Falc.* Reperietur autem hoc non beneficio Senatusconſulti; ſed jure communi, quo ejus, quod per errorem quacumque ex cauſa ſolutum eſt, omnibus repetitio conceditur. De quo diligentiùs ſuo loco.

Pro rata portione] Si pars tantum hæreditatis reſtitui juſſa eſt, pro parte non reſtituta actiones apud hæredem remanent, pro reſtituta tranſeunt in fideicommiſſarium. Si tota hæreditas, aut integra alicujus hæredis portio, ſi hæres eam totam reſtituit, (ſponte, an coactus nihil refert) transferuntur actiones omnes: ſi dodrantem retenta quarta ex Senatusconſulto, pro dodrante transferuntur, pro quadrante remanent, *l.1. C. hoc tit.* Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo, qui

Digitized by Google

qui legatis oneratus eſt, qui ſolus cogitur reſpondere creditoribus. Dividuntur autem actiones pro competenti cujuſque parte ſimul atque facta eſt reſtitutio, id eſt, ſi hæres verbo dixerit ſe reſtituere, aut per epiſtolam vel nuntium reſtituerit, quamvis fideicommiſſarius nondum nactus ſit rerum poſſeſſionem, *l. reſtituta 37. l. facta 63. in pr. hoc tit.* Quòd autem etiam in ponenda

5 ratione Senatuſconſulti deduci dicitur æs alienum, *l. 5. C. eod.* eo nihil aliud ſignificatur, quàm quòd in conſtituenda ſumma bonorum ineatur etiam ratio æris alieni, idque de bonis deducatur, ut ſciri poſſit, quantum æris alieni in fideicommiſſarium cum portione reſtituta tranſeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis eſſe, ex his centum deberi. Hic fideicommiſſario reſtituentur clxxv. ac pro hac portione, id eſt, pro novem unciis, transferetur in eum onus æris alieni; cxxv. retinebit hæres, pro qua parte ip ſe à creditoribus conveniendus erit. Sic enim omnino res tranſigenda eſt, poſtquàm placuit actiones pro rata parte in utrumque dari. Quod non ſatis re-

6 ctè mihi explicuiſſe videtur Vveſemb. & poſt eum Chriſtin. *vol. 4. dec. 53. num. 5.* Quamvis autem hæres fiduciarius pro parte ſua onus æris alieni ſubeat, onera tamen legatorum ad ſolum fideicommiſſarium ſpectare, communiter placuit, *Accurſ. in leg. 1. §. ult. hoc tit. DD. in leg. 2. & leg. ult. Cod. eod. Tholoſan 42. ſyntagn. 31. num. 3. D. Tulden. comm. in hunc tit. cap. 4.* Quæ ſententia, etſi Donello in *d. leg. 2.* falſiſſima, mihi tamen vera videtur. Nam cùm quarta pariter ex legatis & fideicommiſſo detrahatur, *leg. 3. §. 2. eod.* utique ex reſiduo dodrante, quem totum hæres reſtituit, legatariis ſatisfaciendum: alioqui non habiturus eſſet hæres quartam integram; niſi dicamus, hæredem nihilominùs à legatariis rectè pro ſua parte conveniri, & quod ſolvit, à fideicommiſſario eum repetere debere, ſibique imputare, quòd portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in propoſito dici non poteſt: quoniam auctoritate ſenatus dodrante unde omnia legata preſtanda ſunt, reſtituto, actiones legatariorum in fideicommiſſarium transferuntur, qui conventus, quod ſibi detractum, legatariis pro rata imputavit, *argum. leg. 3. in pr. eod.* Planè, ſi, antequàm reſtitutio facta eſt, legatarii petant, puto, hæredem exceptione adjuvari non debere, cùm, ſi ſolvat, hoc minus ex cauſa fideicommiſſi reſtituat, *argum. leg. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. 7. in fin. eod.* Quòd ſi hæres minus dodrante reſtituere rogatus eſt, pro eo, quod ultra quartam habet: etiam legatorum & fideicommiſſorum ſpecialium onera ad eum pertinere, certum eſt, *leg. 1. §. pen. eod. Salic. in d. l. 2. & leg. ult. Cod. eod. Grot. 2. manud. 20. Mynſ. Schneid. hic.* Ad quem caſum plerique cum Gloſſa etiam referunt *dict. leg. 2.* Bachovius in *not. ad Treutl. vol. 2. diſput. 14. theſ. 9.* putat, hanc *d. l.* ſententiam eſſe quod fideicommiſſarius cogatur pati, ut tam de ſua parte, quàm de legatis quarta detrahatur, cum *Vinnius in Inſtitut.*

concurrentibus legatariis de reſtituenda hæreditate agitur.

Nec damno nec commodo] Quod meritò placuit, Nam neque damnum ullum hoc caſu ſentire hæredem æquum eſt, propterea quod coactus contemplatione alterius adit, neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *l. 4. hoc tit.* de quo etiam dictum §. proximè præced.

Textus.

De quibus hæredibus & in quibus fideicommiſſariis ſupradicta locum habeant.

8. *Nihil autem intereſt, utrùm aliquis ex aſſe heres inſtitutus, aut totam hereditatem, aut pro parte reſtituere rogatur; an ex parte heres inſtitutus, aut totam eam partem, aut partem partis reſtituere rogatur. Nam & hoc caſu eadem obſervari præcipimus, quæ in totius hereditatis reſtitutione diximus,*

Commentarius.

Sententia hujus loci ſatis plana eſt. Non tantùm qui ex aſſe inſtitutus eſt & rogatus aut totam hæreditatem aut partem ejus reſtituere, poteſt vel ultrò adeundo & reſtituendo partem quartam aut quod quartæ deeſt retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum; vel ſuſpectam hæreditatem dicendo exonerari, totamque transferre in eum, qui adire cogit, *l. cogi 16. §. ſi quis 44. hoc tit.* verùm etiamſi quis ex parte & verbi cauſa ex ſemiſſe hæres inſtitutus ſit, rogatuſque partem illam reſtituere, poteſt quartam partem hujus partis, & in propoſito ſeſquiunciam retinere, ut actiones hæreditariæ pro rata remaneant & tranſeant. Poteſt & partem totam ultrò reſtituendo, aut adire recuſando, prætoriſque juſſu adeundo, omnes actione abs ſe removere & transferre in fideicommiſſarium. Denique qui partem partis, ex qua inſtitutus eſt, reſtituere rogatur, poteſt ſimiliter, ſi quartam partem ſuæ partis ſalvam judicio defuncti non habeat, quod ei deeſt, retinere: & recuſans adire, deſiderante fideicommiſſario cogi à prætore, ut adeat, totamque illam partem reſtituat cum omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula, *Quod juris eſt in toto, quantum ad totum, idem juris eſt in parte, quantum ad partem, l. quæ de tota 76. de rei vend. l. 3. pro derel. §. ſi rem 12. in fin. ſup. de legat.* Simile eſt, quod ſup. §. 1. *de l. falc.* docuit, in ſingulis hæredibus rationem legis Falcidiæ poni Ex. g. ſi quis ex ſemiſſe hæres inſtitutus ſit, rogatuſque partem illam reſtituere, poteſt quartam partem hujus partis retinere,

Digitized by Google

Textus.

De eo, quod hæres voluntate teſtatoris deducit, præcepitve.

9. *Si quis una aliqua re deducta, ſive præcepta, quæ quartam continet (veluti fundo vel alia re) rogatus ſit reſtituere hæreditatem, ſimili modo ex Trebelliano Senatuſconſulto reſtitutio fiet, perinde ac ſi quarta parte retenta rogatus eſſet reliquam hæreditatem reſtituere. Sed illud intereſt, quòd altero caſu, id eſt, cum deducta ſive præcepta aliqua re reſtituitur hæreditas, in ſolidum ex eo Senatuſconſulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud hæredem, ſine ullo onere hæreditario apud eum remanet, quaſi ex legato ei acquiſita. Altero verò caſu, cum quarta retenta rogatus eſt hæres reſtituere hæreditatem, & reſtituit, ſcinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommiſſarium, pro quadrante remanent apud hæredem. Quinetiam licèt una aliqua re deducta aut præcepta, reſtituere aliquis hæreditatem rogatus ſit, in qua maxima pars hæreditatis contineatur, æquè in ſolidum transferuntur actiones. Et ſecum deliberare debet is, cui reſtituitur hæreditas, an expediat ſibi reſtitui. Eadem ſcilicet interveniunt, & ſi duabus pluribuſve rebus deductis præceptiſve, reſtituere hæreditatem rogatus ſit. Sed etſi certa ſumma deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus ſit aliquis hæreditatem reſtituere, idem juris eſt. Quæ autem diximus de eo, qui ex aſſe inſtitutus eſt, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres ſcriptus eſt.*

Notæ.

9. *Vna aliqua re deducta*] Qui certa aliqua re aut ſumma deducta rogatus eſt hæreditatem reſtituere, ſimilis eſt hæredi, cui ex re certa inſtituto cohæres ſimpliciter datus, nam & illum & hunc pro legatario haberi placet, *l. 1. §. ult. h. t. leg. pen. C. de hær. inſt.*

In qua maxima pars hæreditatis] Nam pretium rei non mutat rationem juris; onera autem non patitur, niſi qui partem jure hæreditario, retinet, *d. leg. 3. l. 30. §. 3.* Quòd ſi res deduci juſſa quartam partem non exæquet, poterit hæres quod deeſt, jure hæreditario retinere, per *leg. 1. §. 16. eod.*

Duabus pluribuſve] Ratio, quia ſemper inſpicitur, utrùm quâ pars jure hæreditario hæredi attribuatur, an in rebus ſingulis.

Qui ex parte hæres] Ut ſi præcepta re aliqua rogatus reſtituere, res illa apud eum ſine onere remaneat.

Commentarius.

1 *An & quatenus in caſu propoſito conſumpta portione reſtituta legatarii & creditores cum hærede agere poſſint.*

SUprà *tit. de hæred. inſt. ſup. §. & ſi plures* 8. docuimus, ſi quis ſolus ex re certa inſtitutus fuerit, eum perinde hæredem fieri, omniumque bonorum hæreditatem obtinere, ac ſi ſimpliciter ſine ulla mentione rei ſcriptus eſſet, ex *l. 1. §. ſi ex fundo, d. tit. cohæredi 41. §. ult. de vulg. & pup.* At ſi plures inſtituti ſint, quidam ex re certa, alii ſimpliciter aut ex parte hæreditatis, tum eos ſolos hæredes effici, qui ſimpliciter aut ex quota ſcripti ſunt; qui ex certa re aut ſumma, pro legatariis haberi, *l. pen. C. de hær. inſt.* niſi hæredes partis univerſæ defecerint. tum enim idem juris eſſe ac ſi inſtituti in re ſingulari ab initio ſoli fuiſſent. Huic poſteriori ſpeciei ſimilis eſt, quæ hoc loco proponitur, videlicet cum quis deducta certa re vel ſumma rogatus eſt hæreditatem reſtituere. Reſtituta enim in propoſito hæreditate fideicommiſſarius inſtar cohæredis eſt, hæres inſtar ejus, qui ex re certa inſtitutus cohæredem habet ſcriptum ſimpliciter. Quamobrem recuſante quidem fideicommiſſario hæreditatem recipere, ſolus qui rogatus eſt & adiit, hæres erit: at hæreditate recepta, jam ſolus fideicommiſſarius hæredis locum obtinet, alter tamquam cohæres ex re certa vicem ſubit legatarii.

Vna aliqua re] Quæ præced. d. §§. dicta ſunt de diviſione actionum hæreditariarum inter hæredem fiduciarium, qui parte aliqua ex voluntate defuncti retenta reliquam hæreditatem reſtituit, & fideicommiſſarium Trebellianum, ea tunc obtinere hic docemur, quando quis rogatus eſt hæreditatem reſtituere retenta parte aliqua hæreditatis ſeu aſſis, ſive, ut vulgò interpretes loquuntur, deducta quota. Aliud autem longè eſſet, ſi quis præcepta re aliqua, veluti fundo, aut ſumma, puta centum aureis, reſtituere rogatus ſit; quamvis ea res vel ſumma quartam partem vel amplius contineat. Nam etſi hic quoque ſimiliter reſtitutio ex Senatuſconſulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta, nullave onera hæreditaria apud hæredem remanere, ſed hæc omnia tranſire ad fideicommiſſarium; hæredemque præceptum habiturum jure legatarii, id eſt, ſine ullo onere hæreditario, quo conſtat legatarios non premi, *l. ſi hæreditatem 32. mand. leg. ult. C. de hær. act.* Marcianus breviter & dilucidè rem totam proponit in *leg. ſi legatus 30. §. hoc tit. Multum intereſt*, inquit, *utrùm quâ pars jure hæreditario retineatur, an verò in re vel pecunia: nam ſuperiore caſu actiones dividuntur inter*

ter

Digitized by Google

ter hæredem & fideicommiſſarium; *poſteriore verò apud fideicommiſſarium ſunt actiones*. Huc pertinet, *leg.* 1. §. *ult. eod.* Quod ſi hæres coactus à prætore adierit, etiam commodo præceptionis privabitur, *leg. ita* 17. §. *ſi præceptis* 14. *eod.*

Quæ quartam continet] Quòd ſi res deduci juſſa quartam partem non exæquet, tum hæres vel ad ſupplementum agere poterit, vel quod quartæ deeſt, jure hæreditario retinere, *Gloſſ. & DD. hic arg.* §. *ſed quia* 7. *hoc tit. l.* 1. §. *ſi hæres* 16. *eod.* Æquum autem tunc eſſe, ut hæres ſaltem pro ratione iſtius ſupplementi creditorum actiones excipiat, utique in ſubſidium, cenſent Gloſſa in *d. l.* 1. § *ult. Cantiunc. & Mynſ. hic*.

Ex Senatuſconſulto Trebelliano] Ante transfuſionem Pegaſiani in Trebellianum, ſi hæres non ultra dodrantem reſtituere juſſus erat, reſtitutio fiebat ex Senatuſconſulto Trebelliano. Hoc cum noſtri dicunt, perpetuò ſignificant, actiones pro parte transferri. Si amplius dodrante, reſtitutio fiebat ex Pegaſiano. Quo caſu actiones apud hæredem remanebant, & ſtipulationes interponebantur, ſecundùm ea, quæ tradita ſunt, §. *ergo* 6. *eod.* Hodie remoto Pegaſiano diſtinctè pro parte reſtituta actiones transeunt. In caſu autem propoſito etiam antea reſtitutio fiebat ex Trebelliano, *l.* 1. §. *ſi hæres* 16. *eod.* actioneſque in ſolidum transferebantur; quoniam hæres, apud quem nulla pars jure hæreditario remanet, ſimilis eſt legatario.

In qua maxima pars hæreditatis] Finge, eum, qui quadringenta poſſidebat, rogaſſe hæredem, ut præcepto fundo, qui trecentorum erat, hæreditatem Titio reſtitueret. Hic etiam ſi fundus iſte maximam partem hæreditatis, id eſt, dodrantem contineat, nihilominus tamen reliquo reſtituto in ſolidum actiones in Titium transferuntur. Neque enim pretium rei rationem juris mutat,
1 aut efficit, quominùs res ſit ſingularis. Cæterum hoc caſu conſumpta portione reſtituta, fideicommiſſario ſubveniendum eſſe; hæredemque pro eo quod ultra quartam habet, legatariis reſpondere debere, tradunt *Cantiunc. & Mynſ. hic.* Et multò ergo magis pro eadem quantitate tenebitur creditoribus: quippè quibus in ſubſidium etiam pro tota ea parte; quam præcepit, teneatur, ſi hæreditas ſolvendo non ſit, ut vult idem *Mynſing. & Gothofr. in annot. marg. ad Schneid.* quod etiam tamquam certum atque apud nos quoque receptum tradit *D. Grot.* 2. *manud. cap.* 20. Etſi autem fortè rationi juris veteris hæc non ſatis conveniunt, & forraſſis nec novo, ſi fideicommiſſarius inventarium facere neglexerit, quo caſu obligatur ultra vires receptæ hæreditatis; novo tamen juri conſentanea videntur, ubi fideicommiſſarius inventarium ex præſcripto Juſtiniani fecit, aut hæres à ſe factum ei ceſſit. Quorum alterutrum ſatis ei eſt ad exonerationem æris alieni, quatenus modum hæreditatis excedit, per ea, quæ habet *Bart. in l. in ratione* 11. §. *quod vulgo* 5. *ad Falc. num.* 9. & 10. quamquam Bachovius putat, etiamſi ipſe fideicommiſſarius ſolvendo non ſit, hæredem tamen in ſubſidium conveniri non poſſe, cùm aliud remedium creditoribus paratum ſit, & præcipuè hoc, ut ſi putent hæredem non eſſe ſolvendo, bonorum ſeparationem petant.

Et ſecum deliberare debet] Cautiùs faciet, ſi jure deliberandi non utatur, ſed novo beneficio inventarii, quod à Juſtiniano datum omnibus, quibus deliberandi poteſtas eſt de adeunda, aut ſuſcipienda hæreditate, §. *extraneis* 5. *ſup. de hær. qual.*

Si duabus pluribuſve] *L. ita tamen* 27. §. *ſi præceptis* 14. *hoc tit.* Quippè non multitudo rerum relictarum, ſed modus relinquendi juris differentiam inducit, inſpiciturque ſemper, utrùm qua pars in hæreditate ſeu jure univerſo hæredi attributa ſit, an in rebus ſingulis hæreditariis. Mynſingerus imperitè rem hæreditariam cum quota hæreditatis confundit.

Sed & ſi certa ſumma] Huc ergo pertinet *l.* 1. §. 17. *eod.* quem locum perperam DD. comm. aliò trahunt, nimirum ut probent, etiam retenta quarta parte hæreditatis actiones legatorum in ſolidum in fideicommiſſarium dari: quamquam vera mihi videtur propoſitio.

Ad eum, qui ex parte] Pone, eum, qui quadringenta habebat, duos hæredes inſtituiſſe, ſingulos ex ſemiſſe; alterumque rogaſſe, ut deducto fundo, qui centum valet, aut deductis centum, partem ſuam reſtitueret L. Titio. Titius recepta hæreditate ſolus pro ſemiſſe actiones excepit; cum ubi partis dimidiæ hæres rogatus eſt, ut retenta parte quarta aut quadrante ſuæ portionis reſtituat, atque reſtituit, pro ſextante obnoxius maneat.

TEXTUS.

De fideicommiſſo hæredis ab inteſtato.

10. *Præterea inteſtatus quoque moriturus poteſt rogare eum, ad quem bona ſua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem ſuam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui reſtituat: cum alioqui legata niſi ex teſtamento non valeant.*

NOTÆ.

10. *Inteſtatus moriturus*] Poterat dubitari, quia legitimi & honorarii hæredes nihil à defuncto accipiunt, ſed illos lex hos prætor vocat: ejus autem, qui à defuncto nihil accipit, fideicommitti non poteſt, *leg.* 9. *C. de fideic.* Sed huic dubitationi occurrit Paul. *l.* 8. §. 1. *de jur. eod.* Ulp. *l.* 1. §. 6. *de leg.* 3. Nimirum etiam his hæreditatem tacitè à defuncto relinqui, dum eos non excludit

Digitized by Google

alios inſtituendo, quod pro jure ſuo facere poterat.

Legata niſi ex teſtamento] *l.* 38. *de cond. & dem.* Hoc autem dicit reſpiciens ad jus vetus: nam poſtquàm confuſa eſt legatorum & fideicommiſſorum natura, etiam hanc differentiam ſublatam eſſe tenebimus; *leg.* 2. *Cod. comm. fideic.*

COMMENTARIUS.

1 *Ratio cur etiam à legitimis & honorariis hæredibus fideicommiſſum relinqui poſſit.*

2 *An fideicommiſſum à legitimo hærede relictum, ſucceſſione propter repudiationem primi gradus agnati ad ſequentem devoluta, debeatur.*

Fideicommiſſum tam hæreditatis, quàm ſingulare, non ſolum teſtamento, verùm etiam codicillis relinqui poteſt. Quid ei obſervandum ſit, qui teſtamento relinquere fideicommiſſum hæreditatis velit, didicimus §. 2. *ſup. hoc tit.* nimirum ut directo teſtamento hæredem inſtituat, atque ab eo relinquat. Codicillis poteſt quidem & ab hærede teſtamentario relinqui, *leg.* 3. §. 2. *leg.* 8. *in pr. de jur. eod. Vlp. tit.* 25. §. 9. Cæterum poteſt & ab eo, qui ab inteſtato venturus eſt, ſive legitimus ſit, ſive honorarius ſucceſſor, *d. leg.* 3. *pr. d. leg.* 8. §. Unde quamvis de inſtituto tantùm hærede ſenatus loquatur, *l.* 1. §. 2 *hoc tit.* tamen ad legitimum quoque & honorarium per interpretationem conſultum ſenatus extenſum eſt, *dict. leg.* 1. §. 5. & §. 6. *leg.* 6. §. 1. *eodem.*

Inteſtatus moriturus] Dubitari potuit, an à ſucceſſore legitimo aut honorario fideicommiſſum rectè relinquatur. Sic enim jus eſt, ut ab eo, qui nihil à defuncto accipit, nihil per fideicommiſſum relinqui poſſit, *l.* 9. *C. de fideic.* Legitimi autem hæredes aut honorarii nihil à defuncto accipiunt, ſed illos lex 12. tabularum ad hæreditatem vocat, hos prætor ad bonorum poſſeſſionem.
1 Verùm hæc dubitatio facilè tolli poteſt. Quamvis enim in caſum non ademptæ hæreditatis legitimi hæredes à lege, honorarii à prætore vocentur: tamen cùm defunctus eos teſtamento facto excludere potuiſſet aliis hæredibus inſtitutis, (ſalva utique portione liberis & parentibus debita) hæreditatem ipſis tacitè relinquere videtur, dum nō adimit, quod pro jure ſuo facere poterat. Atque hoc eſt, quod Juriſconſultus ſignificat in *l.* 1. §. *ſciendum* 6. *de legat.* 3. cum ait, *fideicommitti eorum poſſe, ad quod aliquid perventurum eſt, vel dum ipſis datur, vel dum non adimitur*: in quam ſententiam eleganter Paulus *l.* 8. §. 1. *de jur. cod.* Ideò, inquit, *fideicommiſſa dari poſſunt ab inteſtato ſuccedentibus, quoniam creditur paterfam. ſponte ſua his relinquere legitimam hæreditatem.* Ex quo etiam hoc efficitur, neminem poſſe fideicommittere hæredi ab inteſtato, niſi qui teſtamentum facere poteſt, *l.* 3. *in pr. de jur. cod. Vlp. d. tit.* §. 3. Eſtque hoc juris explorati, eos, qui teſtamentum facere non poſſunt, nec codicillos poſſe, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 3. *de jur. cod.* De illo quæſitum eſt, ſi quis inteſtatus decedés ab eo, qui primo gradu ei ſuccedere potuit 2
fideicommiſſum reliquerit, ſi illo repudiante, ad ſequentem gradum devoluta ſit ſucceſſio, an fideicommiſſum debeatur. Negat Ulp. *d. l.* 6. §. *pen. de legat.* 3. quod tamen idem affirmare videtur *l. ſi Titio* 61. §. 1. *de legat.* 2. & Julian. *leg.* 3. *de jur. cod.* Doctores vulgò cum *Accurſ. & Bart. ad d. ll.* intereſſe reſpondent, utrùm ſimpliciter hæredes ab inteſtato venientes gravati ſint, an aliquis nominatim: illo caſu fideicommiſſum à quolibet ſuccedente deberi; hoc caſu non deberi, niſi à cohærede gravari portionem ſuam repudiantis; quoniam is in portione accreſcente ſimilis eſt ſubſtituto, *argum. dict. l.* 3. *de jur. cod. junct. l. pater meus* 29. §. 1. *de legat.* 2. *add. Bart. in l. cum pater* 77. §. *cum exiſtimares* 29. *de legat. cod.* quæ diſtinctio rationem habet. Ant. Faber 4. *conj.* 15. contendit, vitioſam eſſe lectionem *d.* §. *pen. leg.* 1. *de l.* 3. legendumque dempta negatione, *fideicommiſſum debere*. Mihi tam periculoſa confidentia non placet.

Legata niſi ex teſtamento] Legatum olim non niſi teſtamento aut codicillis teſtamento confirmatis dari potuit: credo, quòd civilibus verbis atque imperativis legis modo relinquebatur, *Vlp. tit.* 24. *fac. l. ſi ita* 38. *de cond. & dem.* quibus tantùm in teſtamento locus erat. Unde definitur legatum, donatio teſtamento relicta, *l.* 36. *de legat.* 2. Scilicet inconveniens viſum eſt, pro imperio aliquid mandare ei, quem non defunctus, ſed lex hæredem facit. Probabile tamen eſt, legata codicillis ab inteſtato data, interpretatione plerumq; adjuta, atque ut vim fideicommiſſi haberent, benignè recepta fuiſſe, *arg. l. Scævola* 76. *hoc tit.* Hodie autem poſtquàm conſtitutione Juſtiniani confuſa eſt legatorum & fideicommiſſorum natura, *l.* 2. *C. comm. de legat.* hanc etiam differentiam ſublatam eſſe tenebimus, & legata quoque ab inteſtato relicta directò valere, contra Joa. Fabrum, Angel. & Giphan.

TEXTUS.

De fideicommiſſo relicto à fideicommiſſario.

11. *Eum quoque, cui aliquid reſtituitur poteſt rogare, ut id rurſum alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud reſtituat.*

NOTÆ.

11. *Vt id rurſum alii*] Atque in hac etiam reſtitutione placet actiones ex SC. transferri in fideicommiſſarium ſecundùm *l.* 1. §. 8. *h. tit.* Jus autem quartæ retinendæ ſolus hæres habet, non fideicommiſſarius, *l.* 47. §. 1. *ad leg. Falc. leg.* 22. §. *ult. hoc tit.*

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

NOn modò hæres de reſtituenda hæreditate aut parte ejus rogari poteſt, verùm etiam fideicommiſſarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod acepit, rurſus alii reſtituat; atque in hac etiam reſtitutione placet actiones ex Senatuſconſulto transferri in fideicommiſſarium ſecundùm, *l. 1. §. de illo 8. hoc tit.* poſſe & cogi primum fideicommiſſarium, qui totam hæreditatem, cùm ſuſpecta diceretur, recepit, totam reſtituere, *l. ſi patroni 55. §. 2. eod.* Solus autem hæres beneficio legis Falcidiæ utitur, id eſt, jus quartæ retinendæ habet, *l. lex Falcidia 47. §. 1. ad leg. Falcid.* Etenim cùm ſemel adita eſt hæreditas, omnis defuncti voluntas rata conſtituitur, *d. l. 55. §. 2.* Proinde cæteri, quatenus ceperunt, & rogati ſunt reſtituere, fideicommiſſo obſtringuntur, *L. Lucius 78. §. hæres 11. hoc tit.* ſimiliter ut legatarii, à quibus fideicommiſſum relictum eſt, *leg. pœnales 32. §. ſi Titio 4. ad leg. falcid.* Planè, ſi hæres ut priori fideicommiſſario donaret, jure ſuo uſus non ſit, poſſe quartam ſecundo fideicommiſſario detrahi, reſponſum eſt, *l. 1. §. inde Neratius 19. hoc tit.*

TEXTUS.

De probatione fideicommiſſi.

12. *Et quia prima fideicommiſſorum cunabula à fide hæredum pendent, & tam nomen, quàm ſubſtantiam acceperunt, ideò D. Auguſtus ad neceſſitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eumdem Principem ſuperare contendentes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentiſſimus, Quæſtor ſacri palatii, ſuggeſſit, conſtitutionem fecimus, per quam diſpoſuimus, ſi teſtator fidei hæredis ſui commiſit, ut vel hæreditatem, vel ſpeciale fideicommiſſum reſtituat; & neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium numero, qui in fideicommiſſis legitimus eſſe noſcitur, poſſit res manifeſtari, ſed vel pauciores, vel nemo penitus teſtis intervenerit: tunc ſive pater hæredis, ſive alius quicumque ſit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo reſtitui aliquid voluerit: ſi hæres perfidia tentus adimplere fidem recuſat, negando rem ita eſſe ſubſecutam; ſi fideicommiſſarius ei jusjurandum detulerit, cùm prius ipſe de calumnia juraverit: neceſſe eum habere, vel jusjurandum ſubire, quòd nihil tale à teſtatore audiverit, vel recuſantem ad fideicommiſſi vel univerſalis vel ſpecialis ſolutionem coarctari, ne depereat ultima voluntas teſtatoris fidei hæredis commiſſa. Eadem obſervari cenſuimus, etſi à legatario, vel fideicommiſſario aliquid ſimiliter relictum ſit. Quòd ſi is, à quo relictum dicitur, (poſtquàm negaverit) confiteatur quidem, aliquid à ſe relictum eſſe, ſed ad legis ſubtilitatem reccurrat, omninò ſolvere cogendus eſt.*

NOTÆ.

12. *Conſtitutionem fecimus*] Extat *in l. ult. C. de fideicomm.*

Quæ in fideicommiſſis legitimus] Hoc à Theodoſio primùm conſtitutum eſt, *l. ultim. §. ult. Cod. de codicill.* Manet autem etiam nunc, ut ex hoc loco intelligitur. Quod verò hic ſancit, tunc ſolùm obtinet, cùm defunctus rem, quam præſtari voluit, fidei hæredis præſentis commiſit extra teſtamentum aut codicillos.

Priùs de calumnia juraverit] Id eſt, ſe non calumniandi vexandive aut hæredem religione utendi animo jusjurandum deferre, ſed quòd ita ſe rem habere, ut ait, planè perſuaſum habeat. Ratio juris poſtulat, ut is, qui jusjurandum defert, prior de calumnia jurare debeat, ſi hoc exigatur, *l. 34. §. 4. de jurejur.*

Vel jusjurandum ſubire] Neque enim jusjurandum in propoſito referri poteſt, cùm hic non agatur de eo, quod uterque, ſed quod ſolus hæres ſcire poteſt, & cujus actor ignarus eſt, quo caſu relationi non eſt locus, *d. l. 34. pr. l. 11. & ſeq. ter. amot.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando diſpoſitioni h. §. locus.*
2. *Non mutare conſtituta l. ult. §. ult. C. de codic. nec l. 23. C. de fideic.*
3. *Hæredem in ſpecie propoſita non poſſe jusjurandum referre.*
4. *Gloſſema in fine textus obſervatum.*

AUdivimus ſuprà, fideicommiſſorum originem, nomen & ſubſtantiam à fide hæredum manaſſe. Hinc Juſtinianus argumentum ſumit mirifici in fideicommiſſa favoris, ut quemadmodum ex ſola fide hæredum ab initio pendebant, ita & ſola religione hæredum, quorum præſentium fidei aliquid commiſſum eſt, nunc conſiſtant, nec ordinariam probationem deſiderent. Conſtitutum hoc à Juſtiniano, *l. ult. C. de fideic.*

Neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium nu- 1
mero] Quando teſtator, contempta omni alia probatione ſcripturæ vel teſtium, fidei ſolius hæredis committit, ut aliquid præſtet, placet Juſtiniano, fideicommiſſum ab hærede præſtandum, idq; ſive neget hæres, fideicommiſſum à ſe relictum, & jusjurandum ſuper ea re ſibi dilatum ſubire recu-

ſet, ſive ultrò fateatur, eſſe à ſe relictum, ſed dicat ſe non teneri, quia non ſolemniter relictum ſit, *d. l. ult.* Prius verbis conſtitutionis expreſſum eſt: alterum ex priore colligitur. Cur enim hæres jurare recuſans fideicommiſſum ſolvere cogitur? Non aliam utique ob cauſam, quàm quod recuſatio jurisjurandi tacitam confeſſionem habet, *l. manifeſta 38. de jurejur.* ut proinde multò magis fideicommiſſo eum obſtringi oporteat confeſſione aperta. Quia autem & prior caſus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum, ac contrarium ei quod de numero. teſtium in ultima voluntate adhibendo placitum eſt, continetur, ideò conſtitutionem ſuam adversùs ta-
2 citas objectiones munivit. Si quis enim fortè objiciat, iniquum eſſe, ab hærede fideicommiſſum exigi citra ullam probationem, reſpondet illud hac in re iniquum non eſſe, ubi hæres jurejurando ſibi delato in ſua cauſa conſtituitur teſtis & judex, ut ſit in ejus poteſtate non teneri, jurando ſe neſcire quicquam relictum eſſe. Si quis dicat, in omni ſuprema voluntate ad minimum requiri quinque teſtes, *l. ult. §. ultim. Cod. de codic.* reſpondet id juſtum eſſe, cum res per teſtes probanda eſt, ne quid falſitatis admittatur, cujus nihil in ſpecie propoſita metui poteſt: quoniam teſtimonium ab ipſo hærede, eodemque debitore exigitur. Quod ergo traditum eſt in *l. ſi veritas 32. Cod. de fideic. cum ſimilib.* ex imperfecta ſcriptura nihil deberi, hoc etiam nunc manet, & niſi de fide ſcripturæ, quam teſtator ſervari voluit, juſto numero teſtium conſtet, fideicommiſſum exigi non poterit; conſule Mantic. *de conject. ultim. volunt. lib. 2. tit. 15. nu. 5.* Qua autem ratione motus jus hoc introduxerit Juſtinianus, in calce conſtitutionis exponit.

Qui in fideicommiſſis legitimus] Hoc à Theodoſio primùm conſtitutum eſt, *d. l. ult. C. de codic.* Antea enim cùm numerus teſtium in codicillis definitus non fuerit, vel duos idoneos ſufficiſſe arbitror: *arg. l. ubi numerus 12. de teſtib.* de quo pleniùs ſub *§. ult. inf. de codic.* Manet autem nunc etiam jus conſtitutum *d. l. ult. §. ult. C. de codic.* ut ex hoc loco intelligitur. Nam quod *hic & d. l. ult. C. de fideic.* Juſtinianus ſancit, tunc ſolùm obtinet, cum defunctus rem, quam præſtari voluit, fidei hæredis præſentis commiſit extra teſtamentum aut codicillos.

Cum pejus ipſe de calumnia juraveris] Id eſt, ſe non calumniandi ſeu vexandi, hæredemque religione tuendi animo jusjurandum deferre; ſed quia ita ſe rem habere ſibi planè perſuaſum ſit: quod jusjurandum licèt aliàs in uſu eſſe deſierit, tamen in omni judicialis jurisjurandi delatione, ſi exigatur, præſtandum, juxta *l. jus jurandum 34. §. 4. de jurejur. Damhoud. prax. civil. c. 151. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 8.*

Vel jusjurandum ſubire] Conditione jusjurandi in judicio delata regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut ſolvere, *l. 9. C. de reb. cred.* Manifeſtę enim confeſſionis eſſe creditur, nolle jurare, aut jusjurandum referre, *l. manifeſta 38. de jurejur.* At in propoſitione referre quidem hæres 3
poteſt: quippè cùm hic agatur non de eo, quod uterque ſcire poteſt, ſed quod ſolus hæres, & cujus actor ignarus eſt: quo caſu relationi non eſt locus, *l. Marcellus 11. & ſeq. rer. amot. d. l. jusjurandum in pr. de jurejur.* & ita rectè *Mynſing. Schneid. Vveſemb. hic.* mirumque eſt, veteres interpretes in re tam manifeſta variare.

Poſtquàm negaveris] Hæc verba neque in ipſa conſtitutione Juſtiniani reperiuntur, & teſtibus Cujacio, Ruſtardo, Hotomanno, Contio, Fabrot, deſunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoſcit: & Jo. Faber quoque refert, ſe Bononiæ aliquos codices vidiſſe, à quibus aberant. Quare ſuſpiciari licet, gloſſema eſſe. Si verò retineantur, non ita accipienda ſunt, quaſi non alia conditione hæres in ſpecie propoſita fideicommiſſo obligetur, quàm ſi priùs negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuſet: ſed ideò poſita, quia hic caſus ſolùm verbis expreſſus fuit: cæterum ſimpliciter, quiſquis confitebitur, de fideicommiſſo obligabitur: neque enim pœnæ cauſa hic quidquam conſtitutum, ut hæredis inficiatio coerceatur; in quo falluntur *DD. comm. Bar. Salic. Caſtr. Sichard. ad d. l. ult. Mynſing. Schneid. hic*: ſed totum voluntatis teſtatoris ſervandæ cauſa, ut disertè ſcriptum eſt in extremo *d. l. ult.* & tenent Jo. Fab. & Jaſ. *in d. l. ult.* quos etiam ex facto conſultus, non attenta communi opinione, in reſpondendo ſecutus eſt quondam Curiæ noſtræ Coryphæus, Reinerus ab Amſterdam. Atque hæc ſententia probatur etiam à Vveſembec. *hic*, Donello in *d. l. ult.* nec alienus Mantica *d. lib. 2. 13. n. 5.*

Digitized by Google

TITULUS XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Continuatio, & argumentum tituli.

HActenus de fideicommiſſis univerſalibus, quibus ſcilicet hæreditas aut pars hæreditatis relinquitur: quæ à legatis multùm differunt: ſequuntur nunc fideicommiſſa ſpecialia, quibus relinquuntur res ſingulæ, quorumque & legatorum eadem ex conſtitutione Juſtiniani natura eſt, idemque effectus: nam exæquatio illa legatorum & fideicommiſſorum, de qua agitur *§.3. ſup. de legat. & l.2. Cod. comm. de leg.* ad ſola fideicommiſſa particularia pertinet, ut demonſtravimus in explicatione *d. §.3. & pr. tit. præc.* Docet hic Imperator, à quibus fideicommiſſa ſingularum rerum relinqui, tum quæ res per ea relinqui poſſunt: poſtremò in genere, quibus maximè verbis fideicommiſſa relinqui ſolent.

TEXTUS.

Summa.

Poteſt tamen quis etiam ſingulas res per fideicommiſſum relinquere; veluti fundum, argentum, hominem, veſtem & pecuniam numeratam; & vel ipſum hæredem rogare, ne alicui reſiſtat, vel legatarium: quamvis à legatario legari non poſſit.

NOTÆ.

Vel legatarium] Vel fideicommiſſarium etiam rei ſingularis, *§. ſeq. l.9. Cod. de fideicomm.* vel donatarium mortis cauſa, *l.77. §.1. de legat.2.* interdum & in contractibus fideicommiſſum conſtituit, exempl. *in l.27. pr. depoſ. l.77. de leg.2.*

A legatario legari non poſſit] Hoc etiam ad jus vetus referendum, Ulp. *tit.24. §.19.* Cajus *lib.2. tit.7.* Nam hodie hac quoque differentia ſublata, utique quod à legatario legatum eſt, valebit nunc jure fideicommiſſi, *arg. l.1. C. comm. de leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur olim à legatario legari non potuerit, & an hodie poſſit.*

F*Undum, argentum, veſtem, hominem*] Hæc nomina generalia quidem ſunt, verùm ſpecificè hic ſumuntur: intelligitur enim certa ſpecies ex eo genere relicta, *l. leg.37. de leg.1.* Cæterum & ſi quis fundos ſuos omnes, omne argentum, veſtem omnem, omnes ſervos per fideicommiſſum reliquerit, fideicommiſſum ſpeciale eſt, & ſimile legato.

Vel legatarium] Singulæ res per fideicommiſſum non ſolùm ab hærede relinqui poſſunt, verùm etiam à legatario. Poſſunt & ab hærede hæredis vel legatarii, *l.5. §.1. de leg.3.* Idem juris eſt de fideicommiſſario etiam rei ſingularis, *§.1. hoc tit. l. ab eo 9. C. de fideicommiſſis,* & donatario mortis cauſa, *l. cum pater 77. §.1. de legat.2. l.8. §.2. de tranſact.*

A legatario legari non poſſit] A legatario legari non poſſe, quamvis fideicommiſſa ab eo rectè dentur, diſcimus etiam *ex Ulp. t.24. §. à legatario 19. & Gajo lib.2. tit.7. §.3.* Cujus differentiæ hæc ratio eſſe videtur, quòd legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus uti in eum ſolùm liceat, quem univerſi juris ſucceſſorem eſſe volumus, & locum noſtrum ſubire. Differit autem ita Juſtinianus, quaſi hæc differentia etiamnum obtineret, quod etiam Giphanio videtur, eò quòd hæc differentia naturalis ſit, quoniam nulla legandi, à legatario formula dari poteſt. Ego verò à communi & recepta interpretum ſententia non recedo, qui cenſent, etiam hanc differentiam unà cum cæteris hodie ſublatam eſſe, legataque non minùs quàm fideicommiſſa à legatario relinqui poſſe. *per l.2. C. comm. de legat.* Equidem concedo, non omnibus legandi formulis, cùm à legatario legatur, locum eſſe: ſed quod Giphanius ait nullam dari poſſe, id nego. Per præceptionem hæredi à cohæredibus dumtaxat legari conſtat. Non video etiam, quomodò per vindicationem poſſit à legatario legari. Etenim ſi teſtator, poſtquàm legavit, *Titio fundum Tuſculanum, do, lego,* mox eumdem fundum Sejo leget hac formula, *Sejo eumdem fundum Tuſculanum ſibi habeto*: aut conjunctio erit, aut ademptio. At damnationis formulæ hic uſus eſſe poteſt: *Titius damnas eſto partem dimidiam fundi quem ei legavi, dare Sejo, Titium legatarium meum centum Sejo dare jubeo.* Nam & olim magna erat legatis per damnationem cum fideicommiſſis, affinitas, & nonnulla verba communia utriuſque generis, ut jubeo, volo, impero, damno, *vid. inf. §. ultim.* Quin etiam ſinendi modo à legatario rectè legari, defendi poteſt, veluti ſi teſtator dicat, *Titius legatarius meus damnas eſto ſinere C. Sejum ſibi habere partem fundi, quem ipſi legavi.* Non obſtat, quod Juſtinianus ſimpliciter ſcribit, à lega-

gata-

Digitized by Google

gatario legari non poſſe: nam præcedenti quo-
que titulo §. *præterea* 10. ſimpliciter ſcripſit, le-
gata niſi ex teſtamento non valere. Omnes quip-
pè §§. in quibus obſervat differentiam inter lega-
ra & fideicommiſſa, ex conſtitutione ſua emenda-
tionem recipere voluit: quamvis ſeparatim ita
tractet, quaſi differentiæ adhuc maneant, id quod
ſe facturum antea teſtatus eſt §. 3. *ſup. de leg.* quo
permixtio & ſimilitudo noviter introducta clari-
or eſſet & facilior.

TEXTUS.

Quæ relinqui poſſint.

1. *Poteſt autem non ſolùm proprias res te-
ſtator per fideicommiſſum relinquere; ſed &
hæredis aut legatarii, aut fideicommiſſarii,
aut cujuslibet alterius. Itaque & legatarius
& fideicommiſſarius non ſolùm de ea re ro-
gari poteſt, ut eam alicui reſtituat, quæ ei
relicta ſit: ſed etiam de alia, ſive ipſius, ſi-
ve aliena ſit. Hoc ſolùm obſervandum eſt,
ne plus quiſquam rogetur alicui reſtituere,
quàm ipſe ex teſtamento cœperit: nam quod
amplius eſt, inutiliter relinquitur. Cum au-
tem aliena res per fideicommiſſum relinqui-
tur, neceſſe eſt, ei qui rogatus eſt, aut ipſam
rem redimere præſtare, aut æſtimationem
ejus ſolvere.*

NOTÆ.

1. *Non ſolùm res proprias*) Quemadmodum
etiam non ſolùm res ſuas teſtator legare poteſt,
ſed etiam hæredis, & alienas, §. 4. *ſupra de
legat.*

Aut fideicommiſſarii] Primi ſcil. ipſi enim fi-
deicommiſſario rem ſuam inutiliter relinqui exi-
ſtimo, per §. 10. *ſup. d. t.*

Sive aliena) Valetque fideicommiſſum, ſi de-
functus ſciverit rem alienam eſſe: non ſi ignora-
verit, niſi conjectura voluntatis aliud ſuadeat,
l. 10. C. de leg. Vid. *ſup.* §. 4. *d. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Iam olim communia fideicommiſſis cum lega-
tis.*
2. *Declaratio regulæ, Neminem poſſe rogari, ut
plus reſtituat, quàm ipſe cepit.*

MUlta etiam jam olim fideicommiſſis com-
munia cum legatis ferè: quale eſt hoc,
1 quod hic traditur de re, quæ teſtatoris propria
non ſit, per fideicommiſſum relicta. Res quæ,
cùm in commercio ſit, teſtatoris propria non
eſt, eam neceſſe eſt vel hæredis eſſe, vel legata-
rii aut fideicommiſſarii, vel tertii alicujus; quæ
ſola in hac tractatione plerumque aliena dicitur,
ut notavimus §. 4. *ſupr. de leg.* Quemadmodum
igitur non ſolùm res teſtatoris legari poteſt, ſed
etiam hæredis, *d.* §. 4. ita ſciamus, non ſolùm
rem teſtatoris, ſed etiam hæredis per fideicom-
miſſum relinqui poſſe; & quod reſponſum eſt,
valere hujuſmodi legatum, etiamſi teſtator exi-
ſtimaverit rem ſuam eſſe, *l. unum 67. §. ſi rem* 8.
de leg. 2. id ad hujus generis fideicommiſſum quo-
que pertinere. Contra, quemadmodum res, quę
legatarii eſt, ei inutiliter legatur, §. *ſed ſi rem* 10.
ſup. de leg. ita & fideicommiſſario rem, quæ ip-
ſius ſit, inutiliter relinqui. De re legatarii aut fi-
deicommiſſarii alteri legata quæri olim non po-
tuit, quia ab his legari non licebat, ſed tantùm
fideicommiſſum dari. Nunc verò etiam in lega-
tis huic quæſtioni locus eſt. Sed hoc præterit
Juſtinianus; quippè cui hic ſermo eſt de fidei-
commiſſis, non conſiderata legatorum cum his
exæquatione. Ait, per fideicommiſſum relin-
qui poſſe etiam rem legatarii aut fideicommiſſa-
rii, à quo ſcilicet relinquitur, non cui relinqui-
tur. Sed quid ſi in propoſito defunctus putave-
rit rem ſuam ſe relinquere? Dicemus, nihilo-
minùs valere fideicommiſſum, eadem ratione,
qua, ſi res hæredis eſſet, valeret, argum. *d. leg.
unum 67. §. ſi rem 8. de legat. 3. d. §. 4. ſup. de leg.
cum ibi notat.* Porrò illud quoque commune eſt,
quod hic ait Juſtinianus, etiam rem cujuslibet
alterius, quæ uno nomine in hoc argumento
aliena dicitur, per fideicommiſſum relinqui poſ-
ſe: nam legari poſſe docuit *d.* §. 4. Denique illud
etiam, quod eodem loco pleniùs à nobis in
commentariis relatum eſt, legatum rei alienæ
non ſemper deberi, ſed intereſſe, utrùm teſtator
ſciverit, an ignoraverit, eſſe alienam; atque il-
lo demum caſu, non hoc valere legatum, niſi
conjectura voluntatis aliud ſuadeat, ſciendum
eſt ad fideicommiſſum quoque rei alienę pertine-
re, *l. 10. C. de leg.*

Etiam de alia, ſive ipſius] Legatarii ſcil. qui
rogatur, aut fideicommiſſarii primi: nam per
fideicommiſſum non modò reddendi onus impo-
ni poteſt, ſed etiam dandi. Ipſi verò fideicom-
miſſario rem ſuam inutiliter relinqui exiſtimo,
arg. §. ſed ſi rem 10. ſup. de leg. & mutuæ exæqua-
tionis legatorum & fideicommiſſorum, quicquid
contra diſputet Bachovius.

Ne plus rogetur quiſquam reſtituere] Hoc ſum-
mam rationem habet. Ut enim licet morienti- 2
bus eam legem, quam velint, ſuis rebus dare;
tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium,
cui nihil dedit, oneret, aut oneret quemquam
ſupra id, quod ei relinquit, & diſponat de alie-
no, *l. 1. §. ſi is qui 37. ad ſen. Treb. l. 1. §. ſcien-
dum 6. de leg. 3. l. filiusf. 114. §. 3. de leg. 1. l. 9. Cod.
de fideic.* Hujus autem regulæ complures tradun-
tur exceptiones: quæ tamen non tam exceptio-
nes ſunt, quàm declarationes regulæ. Cujuſ-
modi eſt, quod, ſi alicui centum legata ſint, &
is duplum poſt tempus reſtituere rogatus ſit, pla-
cet valere fideicommiſſum etiam ultra ſummam
legatam, quatenus intermedio tempore uſuræ
perceptæ eam excedunt, *l. Imperator. 70. §. 1. de le-
gat. 2.* Tale item eſt illud, quod qui acceptis cen-
tum

tum rogatus ſit rem propriam, quamvis majoris pretii, reſtituere, is agnito legato fideicommiſſo obſtringitur: quoniam agnoſcendo, legatum non majoris rem ſuam æſtimaſſe videtur, *d. l. Imperator*, §.1. *in fin.* Item hoc quod traditum eſt, ſi cui fundus legatus ſit, utque is eum fundum reſtituere ſit rogatus, & centum dare, valere fideicommiſſum, ſi legatarius interim centum ex fructibus perceperit, *d. l. filiusfam.* 114. §.3. *de leg.* 1. Denique etiam illud, quòd duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretioſior eſt, reſtitui juſſa, fideicommiſſum debeatur, licèt legatarius viliorem elegerit, propterea quòd eam, quæ pluris erat, eligere potuiſſet, *l. planè* 94. §.2. *de leg.* 1.

Redimere & præſtare, aut æſtimationem ejus ſolvere] Re aliena per fideicommiſſum relicta, is, qui rogatus eſt, vel redimere eam debet & præſtare; vel ſi dominus eam non vendat, æſtimationem ejus inferre, perinde ac juris eſt in rei alienæ legato: *l. non dubium* 14. §.2. *l. qui quatuor* 30. §. *ult. de legat.* 3. quod latiùs explicatum *ſup.* §.4. *de legat.*

Textus.

De libertate.

2. *Libertas quoque ſervo per fideicommiſſum dari poteſt: ut hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommiſſarius: nec intereſt, utrùm de ſuo proprio ſervo teſtator roget, an de eo, qui ipſius heredis, aut legatarii, vel etiam extranei ſit. Itaque & alienus ſervus redimi & manumitti debet. Quòd ſi dominus eum non vendat, (ſi modò nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem, perceperit) non ſtatim extinguitur fideicommiſſaria libertas, ſed differtur, quoad poſſit tempore procedente, ubicumque occaſio ſervi redimendi fuerit, præſtari libertas. Qui autem ex fideicommiſſi cauſa manumittitur, non teſtatoris fit libertus, etiamſi teſtatoris ſervus ſit, ſed ejus, qui manumittit. At is, qui directò ex teſtamento liber eſſe jubetur, ipſius teſtatoris libertus fit; qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directò ex teſtamento libertatem habere poteſt, quàm qui utroque tempore teſtatoris fuerit, & quo faceret teſtamentum, & quo moreretur. Directò autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio ſervum manumitti rogat, ſed velut ex ſuo teſtamento libertatem ei competere vult.*

Notæ.

2. *Aut legatarii, &c.* Vid. *l.* 24. §.12. *l.* 39. *de de ic. lib.* 2. *C. eod.*

Ejus qui manumittit] *l.* 7. *Cod. d. tit.* & tam contra tabulas quàm inteſtato ad bona manumiſſi venire poteſt, quaſi patronus: ſed operas ei imponere non poteſt, nec impoſitas ab eo petere, *l.* 29. *de bon. libert.*

Orcinus] Orcinorum crebra in libris noſtris mentio, *l.* 3. §.3. *de legit. tut. l.* 8. *hæ inſt. l.* 22. *de pecul. l.* 2. *de ſtatu lib. &c.* Χαρωνιακὸς à Th. vocantur, eadem forma, qua Orcini ſenatores, quorum meminit Svet. *in Aug. cap.* 35. à Plutarch. *in M. Anton.* Χαρωνῖται dicuntur.

Commentarius.

1 *Libertini Orcini & numquid juris in eos familiæ.*
2 *Differentiam libertatis directæ & per fideicommiſſum datæ non tolli l.* 2. *Comm. de legat.*
3 *L.* 5. *de man. teſt. cum aliis locis conciliata.*

Etiam libertates per fideicommiſſum dari poſſunt, & quidem largiùs, quàm directò, cùm non tantùm propriis ſervis, ſed etiam alienis per fideicommiſſum libertas dari poſſit, modò vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas teſtatoris exprimatur, teſte Licinio *in l. libertates* 16. *de fideic. libert.* Quod ait, non tantùm propriis ſed etiam alienis, ex eo intelligitur, directò ſervis alienis libertatem dari non poſſe: quod etiam expreſsè reſcriptum eſt *in l.* 9. *Cod. de teſtam. man.* Putaverit tamen quis, etiam in caſu libertatis ſervo alieno directò datæ favore libertatis defendi ei poſſe fideicommiſſariam, *arg. l. generaliter* 24. §. *ſi quis* 10. *l. de fideic. libert. l.* 10. §. *ultim. de teſtam. tut.* ſed obſtant memorati textus, & maximè *l.* 9. *C. de teſtam. manu.* quo loco reſcribitur, nec hæredis ſervo directò libertatem dari poſſe. Quòd ſi directò data ſaltem in vim fideicommiſſi valeret, id utique Imperatores conſulti non diſſimulaſſent, & *in l. ſi ſervus* 108. §. *ſi ſervus* 9. *de legat.* 1. tale legatum dicitur eſſe nullius momenti.

Vel legatarius vel fideicommiſſarius] Qui, ſi teſtatoris ſervus eſt, ab hærede eum rediment & manumittent, ſi modò quod à defuncto iis relictum eſt, agnoverit.

Aut legatarii] Quo caſu legatarius accepto legato cogetur ſervum manumittere, etiamſi fortaſſe minus ſit in eo, quod accepit, quàm in pretio ſervi, *d. l. generaliter*, §. *ſi quis* 12. *de fideic. libert.* quia non pluris ſervum ſuum æſtimaſſe videtur, *l. ſed ſi* 35. *ad leg. Falc.*

Aut etiam extranei] *l.* 6. *Cod. de fideic. lib.* Cæterùm legatarius alienum ſervum manumittere rogatus, non aliàs erit cogendus, quàm ſi tanti poſſit redimere, quanti eſt id, quod ex judicio defuncti conſecutus eſt, *d. l. generaliter*, §. *ſi quis*.

Non ſtatim extinguitur libertas] Si dominus ſervus ſuum, cui libertas per fideicommiſſum relicta eſt, vendere nolit, non ideò protinus fideicommiſſum extinguitur, ſed expectanda eſt

emen-

Digitized by Google

emendi opportunitas, *d.l.6.C.de fid. lib.* equidem æſtimatio hic præſtari non poteſt, ut in caſu *§. præc. in fin.*

Ejus, qui manumiſit] Cui per fideicommiſſum libertas relinquitur, is ejus libertus efficitur, à quo manumiſſus eſt, *l.7.C.de fideic.lib.* Cæterùm hic manumiſſor jus patronatus in eo tantùm acquirit, ut contra tabulas & ab inteſtato ad bona ejus venire poſſit: at non ut etiam operas ei poſſit imponere, aut impoſitas ab eo petere, *l. qui ex cauſa 29. de bon. libert.*

Ipſius teſtatoris] Directa libertas ipſo jure ſtatim ab adita hæreditate competit, *l.10. C.de teſt. man. l.teſtamento 23. & l.25. D.de man. teſt. l.quæro*
1 *32.§.ult.de teſtam.tut.* Itaque is qui directò teſtamento liber eſſe jubetur, teſtatoris libertus ſit, ut hic ait Juſtinianus: quam ob cauſam libertus *Orcinus* appellatus, quaſi *Orci libertus*, aut ejus, *qui ad Orcum demiſſus eſt*: *Acheronticus* à Cujacio *Χαρωνιανὸ*, à Theophilo vocatur, eadem forma, qua *Orcini ſenatores*, quorum in Auguſto *cap.35.* meminit Svetonius, à Plutarcho in *M. Antonio Χαρωνῖται* dicuntur. Orcinorum crebra in libris noſtris mentio eſt, *l.3.§.3. de legit. tut. l.8. de hær. in l.dominus 22. de pecul. leg. l.1. alias 2.§. per contrarium de dot. præl. l.2. de ſtatut. lib. l.4.§. hi qui 12. de fideic. lib. 10. Cod. de teſtam. man. l.8. C. de jur. & fact. ign.* Orcini etiam liberti efficiuntur, qui latitante hærede vel legatario rogato manumittere ad libertatem perducuntur, quique ob necem domini detectam præmium libertatis conſequuntur, *l. cum quaſi 30. §. quærendum 12. l. ſi is 49. de fideic. lib. l.5. qui ſine man.* Igitur Orcini cùm eum patronum habeant, qui eſſe deſiit, non malè dicuntur liberti nullius eſſe, *l.4. in pr. de bon. lib.* Legimus tamen Orcinos ad familiam teſtatoris pertinere, *l.3. §. de legit tut.* liberos & cognatos jus patronatus in Orcino habere, *l.un.§. ſed etſi 7. C. de Latin. lib. toll.* Qua de cauſa ſuſpicari licet, quamvis familia plenum jus patronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura, ut in liberto, habuiſſe. Porrò hæc differentia etiam poſt conſtitutionem Juſtiniani, qua directò & per fideicommiſſum data exæquata ſunt, *l.2. Comm. de legat.* retinenda eſt: quippè quam voluntas teſtatoris facit, & quæ tolli ſine
2 injuria ejus, qui à teſtatore rogatus eſt manumittere, non poteſt; cui alioqui eriperetur jus patronatus, quod defunctus eum habere voluit: in quo conſentiunt omnes interpretes paucis recentiorum exceptis.

Quo faceret teſtamentum & quo mereretur) Hoc item traditur in *l. Servius 35. de man. teſt.* Neque obſcuram rationem habet. Nam cùm alieno ſervo inutiliter libertas directò ab initio detur, ex poſtfacto ea datio convaleſcere non poteſt, propter regulam Catonianam: & quamvis ſervo proprio data ſit, ſi tamen is ſervus tempo-
3 re mortis in aliena poteſtate eſt, vindicare libertatem nequit. Proinde quod apud Marcianum *l. verum 58. de man. teſt.* legimus, eum qui liber eſſe juſſus eſt, alienatum à teſtatore, ſi ante aditam ejus hæreditatem rurſus hæreditarius factus ſit, hæreditate adita ad libertatem pervenire, ſic omnino accipiendum eſt, ſi ſuperſtite teſtatore in poteſtatem redierit: nam jacente hæreditate, qui mortis tempore teſtatoris non fuit, hæreditarius fieri nequit. Planè, ſi ſervis teſtatoris, qui apud hoſtes ſunt Libertas directò data ſit, placet hos libertatem conſequi, quandocumque ab hoſtibus reverſi ſint, licèt neque teſtamenti, neque mortis tempore teſtatoris fuerint, *l. ſi ſervi 30. de man. teſtam.*

Velut ex ſuo teſtamento] Ἀμέσως, protinus ex teſtamento: cum teſtator ſervum ſuum ſe mortuo ſimpliciter liberum eſſe jubet, nec ab alio libertatem dari mandat.

Textus.

De verbis fideicommiſſorum.

3 *Verba autem fideicommiſſorum hæc maximè in uſu habentur:* Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo: *quæ perinde ſingula firma ſunt, atque ſi omnia in unum conjecta eſſent.*

Notæ.

Peto, rogo, &c.] Hæc verba dicuntur precaria, & precativa, opponunturque civilibus, directis & imperativis, vid. Ulp. *tit.25.* Paul.4. *ſent.* Hodie autem de verbis laborandum non eſt poſtquàm Juſtinian. verbum omne ſignificans legitimum ſenſum teſtatoris, legare aut fideicommittere volentis, utile atque validum eſſe juſſit, *l.2. C. comm. de leg.*

Commentarius.

1 *Verba imperativa interdum vim habere precariorum.*

Recenſetur hic à Juſtiniano verba fideicommiſſorum maximè uſitata, & quæ vulgaria dicuntur in *l. libertates 16. de fideic. lib.* nam increſcente progreſſu temporis favore fideicommiſſorum longè plura recepta ſunt, placuitque fideicommiſſum etiam aliis verbis relictum valere veluti his, *cupio ut des, opto des, credo te daturum exigo, deſidero ut des, volo hæreditatem meam Titii eſſe, ſcio, non dubito te hæreditatem meam reſtituturum Titio, l. etiam 115. l. & eo 118. de leg. 1. l.n.67. §. ult. de legat. 2. l. Pamphilo 39. de leg. 3.* Paulus 4. *ſent. t.* ſcribit, his omnibus verbis fideicommitti poſſe, *Rogo, peto, mando, deprecor, cupio, injungo, deſidero quoque & impero.* Quod Paulus *impero* quoque inter verba fideicommiſſi numerat, id non videtur convenire differentiæ, quam Ulp. *tit.* 24. & 25. facit inter legata & fideicommiſſa; legatum definiens, quod imperativè relinquitur; fideicommiſſum, quod precativè: perindè enim hoc eſt,

Digitized by Google

eſt, ac ſi diceret legatum eſſe, quodcumque verbis imperativis, quæ alias directa & civilia vocantur, relinquitur; fideicommiſſum, quod verbis precativis ſive precariis. Sed ſciendum eſt, verba imperativa ſæpè vim habere precariorum, quod ex objecto & voluntate teſtatoris æſtimandum eſt. Etenim ſi ſic dicat, *L. Titio hæredi meo impero, ut ſervum meum Stichum manumittat*, procul dubio hic per fideicommiſſum libertas data intelligitur. Idemque eſt, ſi dixerit, *Iubeo*, aut *hæres damnas eſto manumittere*. Similiter ſi imperaverit hæredi, ut hæreditatem aut rem aliquam reſtituat, valebit hoc jure fideicommiſſi tanquam verbo precario relictum. Et cur minùs eo verbo relictum valeat, quàm ſi dicat, *jubeo*? quod etſi directum eſt, *Vlp. d. tit. 24.* §. 3. *l. 2. C. comm. de leg.* vim tamen precarii habere conſtat, quotiens quid reſtitui jubetur, *l. Lucius* 88. §. *quiſquis* 10. *de leg. 2. l. Aurelius* 28. §. *ult. de lib. leg.* aut minùs etiam, quam *volo*: quod cùm imperativum ſit, tamen in fideicommiſſis eſt uſitatiſſimum. Quòd ſi ità dixerit, *Impero tibi hæres, ut l. Titio centum des*; hoc jam non fideicommiſſum erit, ſed legatum. Nihil enim intereſt, *impero*, quis dicat, *an hæredem meum dare jubeo*, aut *hæres damnas eſto dare*, *Vlp. d. tit. 24.* §. Verba *relinque & commende* negat Paulus *d. lec.* ullam fideicommiſſi actionem parere. De verbo *commende* conſtat, *l. 11.* §. 2. *de legat. 3. l. 12. Cod. de fideic. lib.* At ex verbo *relinque* videtur fuiſſe petitio fideicommiſſi, *l. Lucius* 78. §. *filiam.* 8. *ad ſen. Treb.* Sed de eo nunc laborandum non eſt, poſtquàm Juſtinianus omne verbum ſignificans teſtatoris legitimum ſenſum, legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum eſſe juſſit, *l. 2. comm. de leg.* Sæpè enim, quod notandum eſt, ex conjectura voluntatis fideicommiſſum inducitur, cum verba fideicommiſſi non ſunt, aut ſunt fideicommiſſi inutilis, ſi ſola ſpectantur: exempl. in *l. ex facto 17. in pr. l. ſi quis 29. ad Treb. l. cum proponebatur 64. l. pete 69. in pr. de legat. 2. l. 11.* §. *ſi quis ita 4. l. ult.* §. 3. *de legat. 3.* Conſulantur *Mantheac. epit. legat. lib. 1. c. 3. Chiflet. lib. 2. de jur. fideic. 18. & 20. Mant ic. l. 7. & 8. de conj. ult. vel. D. Tulden. comm. in tit. præc. c. 3.*

Titulus XXV.

DE CODICILLIS.

Dig. Lib. 29. tit. 7. C. Lib. 6. ti. 36.

Ratio ordinis. Codicilli unde dicti: eorum definitio, & diviſio. Summa tituli.

VIderi alicui poterit diſputatio de codicillis non rectè ſubjecta tractationi de ſucceſſione ex teſtamento: quippè cùm ſi codicilli tantùm facti ſint, ſuccedatur ab inteſtato. Verùm Juſtiniano, ut apparet, propoſitum hic maximè fuit agere de codicillis à teſtaro factis, qui pars ſunt teſtamenti, ejuſque jus ſequuntur. Sed & codicilli ab inteſtato facti ſpeciem quamdam teſtamenti exhibent, *l. ab inteſtate 16. hoc tit.* Codicilli dicti ſunt parvi codices, id eſt, tabellæ ex codicibus aut ligno. Itaque quemadmodum teſtamentum codex appellatur, Juven. *ſat. 10. Codice ſævo Hæredes vetat eſſe ſuos*, quia teſtamentum in codicibus tantùm ſcribebatur ſive tabulis grandioribus: ita voluntas ſuprema, minùs ſolemnis aut plena, codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus; *l. ſi ita 38. de cond. & dem. hoc tit. l. 14. C. de teſtam.* proptetea quòd ſcribi ſolita erat in codicillis, id eſt, tabulis brevioribus & tenuioribus, ita factis, ut facilè, quo cuique commodum eſſet, circumferri atque in ſinu geſtari poſſent. Eſt igitur codicillus ὑποκοριστικὸν, à codice: quamquam obtinuit, ut etiam nuncupata imperfecta voluntas codicillus dicatur, *l. 13. C. de ſacroſanct. eccleſ. l. ult. C. de ben. liber. l. ult. C. de codic.* quemadmodum hæredi nuncupato dari dicitur bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, licèt tabulæ nullæ ſint, *l. 2. C. de bon. poſſ. ſec. tab.* Codicilli igitur ſunt ſupremæ voluntatis teſtatio minùs ſolemnis: eorumque, ut & teſtamenti, duo ſunt genera, ſcripti, in quibus voluntas ſcribitur; & non ſcripti, in quibus nuncupatur. Primum hic commemorat Juſtinianus, à quibus & quam ob cauſam uſus codicillorum introductus comprobatuſque ſit: deinde modum ordinationis, & quæ res codicillis relinqui poſſint, oſtendit.

Textus.

Origo.

Ante Auguſti tempora conſtat, codicillorum jus in uſu non fuiſſe: ſed primus Lucius Lentulus, ex cujus perſona etiam fideicommiſſa eſſe cœperunt, codicillos introduxit. Nam cùm decederet in Africa, ſcripſit cedicillos teſtamento confirmatos, quibus ab Auguſto petiit per fideicommiſſum, ut faceret aliquid. Et cùm D. Auguſtus voluntatem ejus impleſſet; deinceps reliqui ejus auctoritatem ſequuti, fideicommiſſa præſtabant: & filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, ſolvit. Dicitur autem Auguſtus convocaſſe ſapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæſiſſe, an poſſet recipi hoc, ne abſonans à juris ratione codicillorum uſus eſſet: & Trebatium ſuaſiſſe Auguſto, quod diceret, utiliſ-

ſimum

Digitized by Google

ſimum & neceſſarium hoc civibus eſſe, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuiſſent; ubi ſi quis teſtamentum facere non poſſet, tamen codicillos poſſet. Poſt quæ tempora cùm & Labeo codicillos feciſſet, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

Notæ.

Codicillorum jus] Codicilli ſunt ſupremæ voluntatis teſtatio minùs ſolemnis, non in hoc comparata, ut teſtamentum ſit, *l.* 1. *l.* 13. §. 1. *h. t.* Et poſſunt quoque confici ab inteſtato, §. *ſeq.* Imperfecta igitur eſt definitio Græcorum Th. hic, Harm. *lib.* 5. *tit.* 7. §. 3. *in Baſil. lib.* 36. *tit.* 1. ἐλλιπῶς ἐν διαθήκῃ γραφέντων ἀναπλήρωσις: aut ἐπιδιόρθωσις τῆς διαθήκης, *teſtamenti ſuppletio aut correctio.*

Legata quæ jure non debebat) Non quia relicta incapacibus, τοῖς μὴ δυναμένοις λαμβάνειν, ut malè Th. & Schol. ſed quia codicillorum uſus nondum erat receptus. Cujac.

Convocaſſe ſapientes viros) Docuit ſuo exemplo prudentiſſimus Princeps, nihil novi juris ſine conſilio prudentum ac manifeſta civium utilitate conſtituendum eſſe, *add. l.* 2. *de conſt. Princ. tit.* 8. *C. de legib.* Lamprid. *in Alex. Sever.*

Iure optimo admitterentur] Eorumque recepta duo genera, ſcripti, in quibus voluntas ſcribitur, & non ſcripti, in quibus nuncupatur, *l.* 13. *C. de SS. Eccleſ. l. ult.* §. *ult. C. hoc tit.* quamquam obſtat nominis ratio, v. Hotom. & noſtra *in comm.*

Commentarius.

Lentulus, *ex cujus perſona etiam fideic.*] Quod ait, à perſona Lentuli & fideicommiſſorum & codicillorum uſum cœpiſſe, non ſic accipiendum eſt, quaſi primus hic Lentulus fidei hæredis aliquid commiſerit, aut primus fecerit codicillos ſed quòd ille primus occaſionem præbuit, ut fideicommiſſa, quæ antea nullo juris vinculo continebantur, rata eſſe cœperint, iiſque hæredes obligari: tum ut etiam codicilli, quibus ante nihil efficaciter dari poterat, recepti ſint, & fideicommiſſa quoque codicillis relicta peti potuerint. Quis ille Lentulus fuerit, non conſtat & parum refert.

Teſtamento confirmatos] Teſtamento ſcilicet, quod antea Romæ aut in Italia fecerat, cùm in eo ſcripſiſſet, ſe ab hæredibus ſuis petere, ut ſi quid poſtea codicillis relicturus eſſet, id bona fide præſtarent. Exemplum teſtamenti, quo futuri codicilli confirmantur, habemus apud Marcellum *l. ult. de fideic. libert.*

Quibus ab Auguſto petiit] Indicio hoc eſt. Auguſtum teſtamento Lentuli hæredem inſtitutum fuiſſe, ſaltem ex aliquà parte: & frequens erat illis temporibus, ut viri primarii Principem ex portione aliqua hæredem ſcriberent.

Deinceps reliqui) An reliqui teſtamento Lentuli Auguſto cohæredes dati, ut vult Vveſembec. Theophilum ſecutus? An potiùs alii aliorum codicillis rogati: ut ferè amant ſubditi exemplum Principis ſequi? quod magis placet.

Et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat) Non quia relicta incapacibus τοῖς μὴ δυναμένοις λαμβάνειν, ſed quia relicta codicillis, qui tunc temporis adhuc firmitudinem nullam juris habebant. Non eſt igitur hæc ratio, quod legata codicillis dari non poterant, in quo fallitur Vveſembecius; ſed quod nihil eorum, quæ codicillis, licèt teſtamento confirmatis, ſcripta erant, valeret. Et præcedentia arguunt, *legata* hic poſitum pro *fideicommiſſa*. Planè poſtea receptum fuit, ut etiam legata codicillis teſtamento confirmatis dare liceret, *l.* 2. §. 2. *hoc tit. l.* 8. §. *ult. eod.* Apparet autem ex hoc loco, filiam quoque Lentuli ex parte hæredem à patre ſcriptam fuiſſe: cùm tamen eo tempore vigeret adhuc lex Voconia: quod argumento eſt, filia partem aliquam hæreditatis paternæ per legem capere potuiſſe, atque ex ea parte etiam directò hæredes inſtitui: qua de re ſcripſimus fuſiùs ſuprà *ad* §. *pr. de fideic. hær.* Nulla igitur cauſa eſt, cur cum Hotomanno pro *filia* reſtituamus *filiæ*.

Convocaſſe ſapientes viros) Auguſtus, ut erat Princeps prudentiſſimus, non temerè aut inconſultò irrepentem in rempub. novum codicillorum uſum confirmandum ſibi putavit; ſed priùs explorare voluit judicium & ſententiam virorum ſapientum, cenſerentne illi, poſſe hunc uſum recipi ſalva ratione conſtituti: tum an in eo tam evidens & juſta civium utilitas verſaretur, ut auctores ſibi eſſent ejus moris comprobandi: exemplo ſuo docens, nihil novi juris ſine conſilio prudentum ac manifeſta civium utilitate conſtituendum eſſe, juxta illud quod præclarè ab Ulpian. dictum eſt, *In rebus novis conſtituendis evidens eſſe utilitas debet*, *l.* 2. *de conſt. princ.*

Ubi ſi quis teſtamentum facere non poſſet) Propter civium Romanorum, qui ad teſtimonium neceſſarii erant, penuriam. De facto enim loquitur non de jure, uti Juriſconſultus *in l.* 8. §. 2. *hoc tit.* nam teſtamenti factio eo loco allegata non eſt, *DD. comm. in l.* 1. *C. de SS. Eccleſ.* Cæterum & illud palam eſt, eum qui teſtamentum facere non poteſt, nec codicillos poſſe, *leg. Divi* 6. §. 3. *d. l.* 8 §. 2. *hoc tit.*

Cum & Labeo] Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit, & à Trebatio inſtitutus eſt, auctore Pomponio *in l.* 2. §. *poſt hunc* 47. *de orig. jur.*

Tex.

Textus.

Efficiens.

1. *Non tantùm autem teſtamento facto poteſt quis codicillos facere, ſed & inteſtatus quis decedens fideicommittere codicillis poteſt. Sed cùm ante teſtamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quàm ſi ſpeciali voluntate poſteà confirmentur. Sed divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, & iis codicillis, qui teſtamentum præcedunt; poſſe fideicommiſſum peti, ſi appareat, eum, qui teſtamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expreſſerat, non receſſiſſe.*

Notæ.

1. *Sed & inteſtatus*] Codicilli ab Inteſtato facti vicem teſtamenti exhibent, ſuiſque ipſi viribus nituntur. Proinde quicumque inteſtati ſucceſſor, etiam poſteà natus, codicillis relicta præſtabit, *l.3.l.8.pr. & §.1. l.16. eod.* niſi voluntas in hoc parata ſit, ut teſtamentum eſſet, *l.1.l.13.§.1. eod.l.14.C.de teſtam.* non adjecta ſcil. clauſula codicillari, *l.propen.qui teſt.fac.l.41. §.3. de vulg.& pup.l.ult.§.1.C.h.t.* Teſtamento autem facto codicilli vires ex teſtamento capiunt, & jus ejus ſequuntur, *l.3.§.ult.d.l.16. eod. l.1.C.eod.*

Papinianus ait] *L.5. eod.* & hæc Papiniani ſententia receptiſſima erat Plinii temporibus, ut conſtat ex *lib.2. epiſt.16.*

Commentarius.

1 *Voluntatem in hoc paratam, ut teſtamentum ſit, ne jure quidem codicillorum valere, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris.*
2 *Teſtamento facto codicillos quoſcumque & quocumque tempore factos jus teſtamenti ſequi.*
3 *Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos: cæterum hodie ſublata.*
4 *Quatenus ex his, quæ teſtamento cauſa, mutare quid liceat.*
5 *Sententia extremorum verborum hujus §.*

Codicilli & ab inteſtato confici poſſunt & facto teſtamento. Ab inteſtato facti ſuis ipſi
1 viribus nituntur, & vicem teſtamenti exhibent. Proinde quicumque inteſtati ſucceſſor erit, ſive legitimus ſive honorarius, etiam poſteà natus, codicillis relicta præſtabit, *l.3. l.8.in pr. & §.1. l.ab inteſtato 16. hoc tit.* Hoc unum exigimus, ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc inſtituta ſit, ut teſtamentum eſſet: quod eò pertinet, ut ſciamus, eam voluntatem, quæ in codicillis valere potuit, ſi defunctus codicillos facere inſtituiſſet, non valere jure codicillorum voluntatem inteſtati, ſi in hoc parata ſit, ut teſtamentum eſſet. Neque enim ad validitatem actus civilis ſufficit forma, ſi agentis deeſt intentio, ut benè *D.Tuld. hic, c.2.* Itaque ſi quis verbi cauſa codicillis ſcripſerit hanc voluntatem ſuum eſſe teſtamentum, aut caverit, quæ ſunt teſtamenti propria, nihil à legitimo peti poterit, *l.1. l. illud 13.§.1. h.t. l. propen. qui teſt.fac.l.non codicillum 14. C. de teſt.* niſi adjecerit, velle ſe eam volentatem, ſi jure teſtamenti non poſſit, valere ſaltem vice codicillorum: quæ cautio vulgò clauſula codicillaris dicitur; aut valere quacumque ratione poterit, ſive, ut nunc ferè, omni meliori modo, *d. l.propen. qui teſt. fac.l.cohæredi 41.§.3. de vulg. & pup. l.3. in fin.de teſt. mil.l.Titia 13. de inoff. teſt.l.Lucius 88. §.ult. de l.2. l.ult. §.1. C.h.t.* de cujus clauſulæ vi ac poteſtate; & an clauſula codicillaris à teſtatore omiſſa, quibuſdam caſibus ſubintelligi debeat; denique an præſumendum ſit, ex ſtylo & conſuetudine notarii eam clauſulam adſcriptam eſſe, an ex voluntate & ſcientia teſtatoris, vid. *Mant.de conject. ult.vol. lib.1. tit.9. & 19. add. Gail.2.obſ.114. Chriſt. lib.3. de jur. fideic. Schneid. hic cap.de clauſ.codic.* & eruditiſſimum Jo. Decherum *lib.1.diſſer.8.nu.27. & ſeqq. Chriſtin. vol.4. dec.32. Ant. Fab. C. ſuo, h.t. ferè per tot.* Teſtamento autem condito codi-
cilli quocumque tempore facti fuerint, ad teſta- 2
mentum pertinent, vireſque ex eo capiunt, etiamſi in eo confirmati non ſint, *l.3. §.ult. dict. l. ab inteſtato 16. hoc tit.* denique infirmato teſtamento & codicilli concidunt, *l.1. Cod. eod. dict. l.3.§. ultim.* Illud intereſt inter codicillos teſtamento nominatim confirmatos & non confirmatos,
quòd illis relicta etiam directo jure valent, velu- 5
ti legata, & libertates directò datæ, *l. libertates 43. de man. teſtam.* perindeque omnia habeantur, ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent, excepta cauſa hæreditatis, *l.2. §.2. hoc tit.* quo loco palam eſt Julianum agere de codicillis confirmatis. At quæ codicillis non confirmatis relicta ſunt, ſive verbis directis ſive precariis, debentur jure fideicommiſſi, *argum. dict. l.2. §.ult. l. illud 13. §.1. hoc tit.l.Scævola 76.ad ſenat.Treb.* Illud enim dicere nolim, ea ſola, quæ verbis precariis codicillis non confirmatis relicta ſunt, valere: neque, cum Ant.Fabro 15.*conj.15.* potentius eſſe jus codicillorum, qui ante teſtamentum facti ſunt, quàm eorum, qui poſteà ſcripti, quaſi in illis poſt reſcriptum Imperatorum Severi & Antonini, etiam quæ directò relicta ſunt, jure fideicommiſſi valeant, in his nihil niſi precariis verbis utiliter relinquatur. Quod perquàm mihi abſurdum videtur. Sed non eſt, quòd de his ampliùs laboremus: cùm enim confuſa non ſit legatorum, & fideicommiſſorum natura, *leg.2. Cod. comm. de legat.* dubitandum non eſt, quin legata codicillis etiam non confirmatis data directò nunc valeant.

Ante teſtamentum] Meminit tantùm codicillorum factorum ante teſtamentum, quoniam quin codicilli poſt teſtamentum conditum ſcripti etiã ſine confirmatione valerent, non videtur fuiſſe dubi-

dubitatum, cùm quod quiſque poſtremum cavet, id ratum eſſe velle ſatis conſtet. Fuit quidem uſitatum, ut etiam futuri codicilli teſtamento confirmarentur, ut apparet ex *leg. quædam 7. & ſeq. §. ult. l. Plautiana 18. de fideicomm. libert. l. 6. l. ult. C. eod.* ſed id fieri ſolitum majoris ſecuritatis gratia: nam ad validitatem codicillorum ſpecialem hanc confirmationem non fuiſſe neceſſariam patet ex *l. 3. ult. h. t.* niſi ad hoc, ut legata & libertates datæ directò valerent. Illud quæritur, quatenus codicillis poſterioribus ex his, quæ teſtamento cauta ſunt, mutare quid aut tollere liceat. Hæreditatem codicillis adimi non poſſe, tranſlatitium eſt. Quam ob cauſam nec conditio
4 hæredi inſtituto codicillis adjici poteſt, *§. ſeq.* At poteſt hæres teſtamento ſcriptus codicillis rogari, ut hæreditatem reſtituat, *l. 2. C. h. t.* Poſſunt & fideicommiſſa teſtamento relicta codicillis adimi: quinimò & legata, utique hactenus, ut legatarius ex teſtamento agens repelli poſſit exceptione doli mali, arg. *l. 4. §. præterea 10. de dol. mal. excep.*

Quàm ſi ſpeciali poſteà voluntate] Papinianus exiſtimat codicillos ante tabulas teſtamenti factos non aliter valere, quàm ſi teſtamento, quod poſteà factum eſt, vel codicillis confirmarentur, aut prior voluntas quocumque judicio retineretur, *leg. 5. hoc tit.* motus, ut credibile eſt, hac ratione, quòd qui poſt codicillos à ſe factos teſtamentum facit, mutet cauſam ſucceſſionis, tranſiens à cauſa inteſtati ad cauſam teſtati. Quo facto videtur codicillos iſtos revocare unà cum voluntate habendi hæredem ab inteſtato.

Divi Severus & Antoninus contrà] Contra ſententiam Papiniani, qui exigebat, ut voluntas codicillis expreſſa ſaltem novo aliquo judicio retento probaretur. Imperatores ergo ne illud quidem in propoſito exigunt, ſed retentam voluntatem interpretantur, quæ mutata non oſtenditur: ut jam mutatæ voluntatis probatio incumbat hæredi, cùm ex ſententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo, qui ex codicillis quid peteret; atque ut nunc præſumptio ſit pro codicillis, cùm anteà contrà eſſet.

Si appareat, eum, &c. non receſſiſſe] Hoc omninò ſic accipiendum eſt cum clariſſimo D. Tuld.
5 *cap. ult. hic.* Ac ſi ſcriptum eſſet, *niſi appareat, eum, qui teſtamentum fecit, à voluntate quam in codicillis expreſſerat, receſſiſſe.* Satis enim apparet non receſſiſſe ex eo ipſo, quòd non apparet receſſiſſe. Alioqui dici non poteſt, quid novi circa jus codicillorum reſcripto Severi & Antonini introductum ſit, cùm ipſi Papiniano ſuffecerit, voluntatem codicillis declaratam quocumque judicio retentam probari, ut benè diſputat Ant. Faber. 15. *conject.* 15. Similis loquendi formula in eodem ſenſu etiam apud veteres occurrit, ut in *l. dotem 30. de jur. dot. leg. generaliter 24. §. ſed etſi 8. de fideic. comm. liber. leg. 8. §. 2. de novat.* neque enim ſemper æquè accuratè auctores juris loquuntur

Eſtque hæc communis uſuque recepta ſententia, codicillos, niſi teſtamento poſteà facto revocari probentur, tacitè confirmatos intelligi, *Gloſſ. & Bart. in l. 5. hoc tit. Mantic. lib. 1. de conject. ultim. volunt. tit. 8. Mynſ. Schneid. Vveſemb. hic.* Totoque judicio fallitur Hotomannus, qui ſcribit, hoc jure nos uti, ut niſi retenta voluntas probetur, codicilli per teſtamentum revocati videantur.

TEXTUS.

Materia.

2. *Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi poteſt, ne confundatur jus teſtamentorum & codicillorum: & ideò nec exheredatio ſcribi. Directò autem hereditas codicillis neque dari, neque adimi poteſt: nam per fideicommiſſum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi inſtituto codicillis adjicere, neque ſubſtituere directò.*

NOTÆ.

2. *Hæreditas neque dari*] *L. 10. eod. l. 2. C. eod. l. 76. ad S. C. Treb.* neque confirmari, *l. 2. §. ult. h. t. l. pen. §. 1. C. de nec. ſerv. hær.* quamvis cætera codicillis teſtamento confirmatis etiam directò dari poſſint, *l. 3. de teſt. tut. l. 43. de man. teſt. l. 2. §. 2. h. t.* Non obſtant *l. 77. de hær. inſt. leg. 10. de cond. inſtit.* Nam illic non proponuntur ſpecies hæreditatis codicillis datæ aut confirmatæ, ſed datæ teſtamento, quod codicillis declaratur.

Neque adimi] Quæ teſtamento data aut lege debita, *l. 4. C. de his quæ ut indign.* Hoc à ſuperiori conſequens eſt ex doctrina contrariorum, *leg. pen. §. 1. de cond. inſt. l. 2. C. h. t.* & ideò liberi codicillis fruſtrà exhæredantur. Huc tex. fac. *l. 14. Cod. de teſt.*

Ne confundatur jus teſtam.) *L. 7. C. eod.* Aliam rationem affert Papin. *l. 10. eod.*

Per fideicommiſſum] Seu verbis precariis, *l. 2. C. h. t.* quo caſu hæres ſcriptus aut legitimus quartam partem ſibi retinere poteſt ex *S. C. ſup. de fideic. hæred.*

Nec conditionem adjicere] Neque detrahere qui adjicit, in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitat: qui detrahit de purè danda, quæ priùs in defectum conditionis data non erat, *l. 6. hoc tit. leg. pen. §. ultim. de condit. inſtit.*

COMMENTARIUS.

1 *Hæreditatem codicillis dari aut adimi non poſſe, nec ſi teſtamento confirmati ſint: & quæ hujus juris ratio.*
2 *Regulam hanc intelligi de hæreditate directò danda, non per fideicommiſſum. Et quid inter hæc interſit.*

3 Con-

3 *Conſequens eſſe ſuperiori regulæ, inſtituto hæredi codicilli neque conditionem rectè adiici, neque detrahi, neque directò ſubſtitui.*

Ut cetera omnia codicillis vel ab inteſtato factis, vel à teſtato, licèt teſtamento non con-
1 firmatis, relinqui poſſunt, maximè novo jure poſt exæquationem legatorum & fideicommiſſorum; hæreditas tamen codicillis dari non poteſt, nec ſi teſtamento confirmati ſint, *l. quod per manus 10. h. t. l. 2. C. eod. l. Scævola 76. ad S.C. Treb.* & militis in hoc privilegium agnoſcimus, quod codicillis hæredem facere poſſit, *l. militis 36. de teſt. mil.* Datur enim hæreditas per inſtitutionem hæredis aut ſubſtitutionem directam, quod ſolius teſtamenti proprium eſt, neque in ullum alium actum ſive inter vivos ſive ultimæ voluntatis aut donationis mortis cauſa conferri poteſt, *l. 7. Cod. hoc tit. l. licèt 19. C. de pact. l. cum donationis 34. C. de tranſact. l. 5. Cod. de pact. conv. tam ſup. dot. l. 4. C. de inut. ſtip.* Non obſtant ſpecies propoſitæ in *l. aſſe 77. de hær. inſt. l. 13. de cond. inſt.* illic enim non proponitur hæreditas data aut confirmata codicillis, ſed data teſtamento, quod codicillis declaratur, aut purificatur, ut loquitur Baldus. Hoc autem poſito, hæreditatem codicillis dari non poſſe, conſequens eſt ex doctrina contrariorum, nec codicillis poſſe adimi, ſcilicet his, qui vel in teſtamento ſcripti ſunt, vel ex lege ſunt hæredes, *l. pen. §. 1. de cond. inſt. l. 2. C. hoc tit. l. 4. C. de his quib. ut indign.* & ideò liberi codicillis fruſtrà exhæredantur, *fac. l. non codicillum 14. C. de teſt.*

Ne confundatur jus teſtamentorum] Et ne alioqui, quod abſurdum & præpoſterum eſt, per codicillos, qui ex teſtamento vim ſumunt, ipſum teſtamentum, quod vires per inſtitutionem hæredum accipit, confirmari videretur, ut Papinianus diſputat in *d. l. quod per manus, hoc tit.* Nimirum ſi hæreditas codicillis vel dari vel adimi poſſet, ſequeretur, & confirmari teſtamentum & revocari per codicillos poſſe; denique idem poſſe, idem eſſe codicillos, quod teſtamentum. Cur ergo hæc diſtinguerentur? Cur diverſum nomen inderetur iis rebus, quas vis ac poteſtas una ſociaſſet? collectio Conſtantini in *leg. 7. C. hoc tit.*

Directò autem hæreditas, &c. nam per fideicommiſſum) Quod totiens traditum eſt, *hæreditatem codicillis nec dari nec adimi poſſe*, ſic accipitur, ut
2 directò non poſſit dari, puta hærede codicillis inſtituto aut ſubſtituto, *dict. l. 7. Cod. hoc tit.* nec directò codicillis adimi, puta quæ aut teſtamento data eſt, aut lege debita, *leg. 4. C. de his quib. ut indign.* Cæterum per fideicommiſſum ſeu verbis precariis, etiam codicillis hæreditas jure relinquitur, *l. 2. C. hoc tit.* daturque & adimitur. Dari intelligitur ei, cui hæreditas reſtituit rogatus; adimi ei, qui rogatur reſtituere. Nam licèt is ipſo jure adhuc hæres maneat, manet tamen nomine tantùm, effectu autem is hæres fit, cui hæreditas reſtituitur. Multum verò intereſt, utrùm dicamus codicillis directò hæreditatem relinqui poſſe, an per fideicommiſſum dumtaxat: nam directò relicta ſemper tota capitur ab inſtituto; relicta per fideicommiſſum non capitur à fideicommiſſario, niſi imminuta detractione quartæ Falcidiæ, ſi is, qui rogatus eſt reſtituere jure ſuo uti velit, qui pro ea parte etiam effectu tum hæres manet: Porrò cum confirmatio quoque in ſpeciem directæ dationis cadat, negat Juriſconſultus in *l. 2. §. ult. hoc tit.* hæreditatem teſtamento inutiliter datam poſſe codicillis quaſi hæreditatem confirmari; ſed tantùm ex fideicommiſſo peti ſalva ratione legis Falcidiæ. Unde Juſtinianus ſecundùm veteres leges ſic definit, hæreditatem codicillis neque dari neque confirmari poſſe, *l. pen. §. 2. C. de noc. ſerv. hær. inſt.*

Nec conditionem adiicere) Hæredi purè inſtituto conditio codicillis adjici non poteſt, *l. Div. 6. in pr. hoc tit.* quia ſcilicet conditione adjecta teſtator in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitaſſe intelligitur, *l. quidam 27. §. ult. de cond. inſt.* Quòd ſi codicillis adjicere conditionem inſtitutioni non licet, multò minùs licebit detrahere, cùm hoc caſu purè hæreditas detur, quæ priùs in defectum conditionis data non erat.

Neque ſubſtituere directò] Nam qui directò ſubſtituit, in defectum prioris hæredis alium hæredem inſtituit. Eſt enim ſpecies inſtitutionis rectis verbis facta. In codicillis ſubſtitutio ad fideicommiſſum facta traditur benigna interpretatione, *l. Scævola 76. ad Treb.* In univerſum autem ſi 3
conſtet, aliquem, qui teſtamentum non habebat codicillos, non teſtamentum facere voluiſſe, in ea ſcriptura directa inſtitutionis verba ex voluntate defuncti, quamvis clauſula codicillaris adjecta non ſit, in vim fideicommiſſi valere placet, perindeque haberi, ac ſi legitimus hæres rogatus eſſet ſcripto in codicillis hæreditatem reſtituere, *leg. 15. § 1. hoc tit. & ibi Bart. Bald. & alii, & in leg. 7. de vulgar. & pupill.* eoque jure utimur.

Textus.

Numerus & ſolemnitas.

3. *Codicillos autem etiam plures quis facere poteſt: nullam ſolemnitatem ordinationis deſiderant.*

Notæ.

3. *Etiam plures*) Et diverſos diverſarumque temporum, *l. 6. §. 1. hoc tit.* nec de prioribus quicquam detrahitur per poſteriores, niſi ſint contrarii, *l. 3. C. eod.* Plura autem teſtamenta unius hominis eſſe non poſſunt: ſed prius ſemper rumpitur à poſteriore, *§. 2. & ſeq. ſupra quib. mod. teſt. inf.*

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

1 *Cur cum plura teſtamenta unius hominis eſſe non poſſint, plures poſſint eſſe codicilli.*
2 *Codicillos non eſſe omninò ſine aliqua ſolemnitate ordinationis: quod tamen non pertineat ad confirmatos teſtamento.*
3 *Vtrùm mulier in codicillis rectè teſtis adhibeatur.*

NOtantur hìc & aliæ differentiæ inter te-
ſtamentum & codicillos. Plura teſtamen-
1 ta unius hominis eſſe non poſſunt, quamvis plu-
ribus codicibus ſeu exemplis unum idemque te-
ſtamentum fieri poſſit, §. *pen. ſup. de teſt. ord.* Nam
cum unumquodque teſtamentum univerſam ſuc-
ceſſionem contineat, ſi noviſſimam teſtatoris
voluntatem ſervari placet, priùs ſemper per po-
ſterius rumpatur neceſſe eſt, §. 2. *ſup. quib. mod.
teſt. inf.* Codicillos autem plures non modò plu-
ribus exemplis quis facere poteſt, ſed etiam di-
verſos & diverſarum rerum, *l. 6. §. 1. Int.* nec quic-
quam per poſteriores de prioribus detrahitur, ni-
ſi ſint contrarii, *l. 3. C. eod.*

Nullam ſolemnitatem ordinationis] Exiſtimo,
hoc è veteris alicujus Juriſconſulti commentariis
ſumptum, qui ante Theodoſium vixit, & fortè
ex Marciano *d. l. 6. §. 1. hoc tit.* Nam Theodoſius
quinque teſtes in codicillis requirit, atque ut uno
eodemque tempore, hoc eſt, uno actionis con-
textu, coram iis negotium abſolvatur; & ſi in
2 ſcriptis fiant, etiam teſtium ſubſcriptionem de-
ſiderat, *l. ultim. §. ult. C. hoc tit.* Quæ ſanè decla-
rant, codicillos nunc non omninò eſſe ſine ſolem-
nibus & ſubtilitate ordinationis, *fac. l. ult. C. de
fideic. §. ult. ſup. de fideic. hær.* & jejuna illa quo-
rumdam diſtinctio eſt inter ſolemnitatem ordina-
tionis & probationis. Nam ſolemnitas omnis,
etiam in teſtamento non alia de cauſa requiritur,
quàm ut certò de voluntate defuncti conſtare poſ-
ſit. Enim verò in codicillis teſtamento confirma-
tis non puto neceſſe eſſe ea adhiberi, quę à Theo-
doſio præcipiuntur. Quippè quod his codicillis
relictum eſt, perinde habetur, ac ſi ipſo teſta-
mento relictum eſſet, *l. 2. §. 2. hoc tit.* ut proinde
ad horum relictorum vim ſolemnitas teſtamen-
ti ſufficere debeat, *argum. l. aſſe 77. de hæred. inſt.
l. 10. de cond. inſtit.* atque etiam ſecundùm ipſam
conſtitutionem Theodoſii. Quæſitum eſt, an
etiam mulier in codicillis teſtis adhiberi poſſit:
Vulgò placet poſſe, propterea quòd non uti in
teſtemento, ita in codicillis expreſsè prohibita
eſt teſtimonium dicere, *Gloſſ. & DD. comm. in
d. leg. ultim. C. hoc tit. Graſſ. §. teſtamentum* 3
quæſt. 57. num. 4. Mynſing. Schneid. hic. Cæte-
rum mihi non ſit veriſimile ullos actus ſolem-
nes adhibitis mulieribus apud veteres expediri
potuiſſe: & Theodoſius non qualitate & ſe-
xu, ſed numero tantùm teſtes codicillarios à
teſtamentariis diſtinguit. Reviſe ad ea, quæ
ſcripſi ad §. *teſtes 6. ſup. de teſtam. ord.* Apud
nos codicilli, item ut teſtamenta, paſſim confi-
ci ſolent coram duobus teſtibus & tabulario,
*D. Coren. obſ. rerum jud. 31. ſect. pen. Grot. 2. intro-
duct. 22. Groenem. de legibus abrogat. hic.* Juſ-
que & nomen teſtamentorum ac codicillorum
ferè confuſum.

Finis Libri Secundi.

ANT 1318750

Digitized by Google